

# SE DWORKIN FOSSE MINISTRO DO STF, COMO ELE JULGARIA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO? UM ANTIGO DEBATE SOBRE DIREITOS NÃO ENUMERADOS E COMO ELE PODE NOS AJUDAR

## Mártin Haeberlin

Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS/Universidade de Heidelberg – Alemanha, 2014). Mestre em Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, 2007). Pós-Doutorando em Economia (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, desde 2016), com bolsa da Capes (Processo nº 23038.004864/2015-63). Pesquisador Visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2013). Professor de Teoria Geral do Direito e de Direito Administrativo (Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre – RS). Advogado. *E-mail:* <mphaeberlin@gmail.com>.

---

**Resumo:** O presente ensaio inicia como uma resenha de um artigo de Ronald Dworkin no qual, após apresentar uma base teórica para a interpretação dos direitos não enumerados, realizada desde sua noção de “direito como integridade”, sustenta ele a correção da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade*, entendendo que o direito à autonomia procriativa impede a proibição do aborto, pelos Estados, nos três primeiros meses de gestação. Após, o presente ensaio, descolando-se do propósito resenhista, apresenta a decisão da Suprema Corte brasileira sobre descriminalização do aborto referente ao *Habeas Corpus* nº 124.306, que descriminalizou o aborto nos três primeiros meses de gestação, propondo uma análise desta decisão com base no texto de Dworkin. Ao final, realiza-se uma avaliação do julgado em duas perspectivas. Em relação à primeira, conclui-se que o texto de Dworkin e a decisão do STF são importantes referências argumentativas em favor da descriminalização a ser eventualmente realizada via Poder Legislativo ou controle concentrado de constitucionalidade. Em relação à segunda, realiza-se uma crítica ao procedimento adotado pela Corte, por ter tomado a decisão em sede de controle incidental, ferindo assim a dialética (e, com ela, a integridade do direito) requerida a uma decisão dessa envergadura.

**Palavras-chave:** Dworkin. Direitos não enumerados. Aborto. Descriminalização. *Habeas Corpus* nº 124.306.

**Sumário:** Introdução – **1** A exposição do problema dos direitos não enumerados no texto de Dworkin – **2** A exposição do problema do aborto no texto de Dworkin – **3** As soluções do problema do aborto no texto de Dworkin – **4** O julgamento do STF no *Habeas Corpus* nº 124.306: exposição do caso e dos fundamentos da decisão – **5** Do texto de Dworkin à análise e crítica da decisão do STF – Conclusão – Referências

## Introdução

Há vinte e cinco anos, Ronald Dworkin, um dos grandes filósofos contemporâneos do direito, publicava na *Revista de Direito da Faculdade de Chicago* um artigo intitulado *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*.<sup>1</sup> Em nossa leitura, esse artigo pode ser entendido como um trabalho de transição do autor, tanto em uma perspectiva cronológica como em uma perspectiva temática.

Do ponto de vista do tempo, coloca-se o texto em um ponto medial entre seis de suas obras mais conhecidas: do lado mais remoto, *Taking rights seriously*, de 1977,<sup>2</sup> *A matter of principle*, de 1985,<sup>3</sup> e *Law's empire*, de 1986;<sup>4</sup> do lado mais próximo, *Life's dominion*, de 1993,<sup>5</sup> *Freedom's Law*, de 1996,<sup>6</sup> e *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, de 2000.<sup>7</sup>

Do ponto de vista da abordagem, esse caráter de transição faz-se mais interessante. O artigo, quanto ao tema, faz trânsito entre aquelas seis obras em um duplo sentido. De um lado, pode-se dizer que o artigo citado divide as três primeiras obras, que possuem um enfoque na teoria do direito, a partir da qual se poderiam pensar problemas práticos, das últimas três, que possuem enfoque em problemas práticos (notadamente de filosofia política), pensados a partir da teoria do direito. De outro, o próprio artigo, em seu conteúdo, é revelador desse trânsito, uma vez que, em seus primeiros tópicos, utiliza-se do marco teórico lançado naquelas primeiras três obras, especialmente em *Law's empire*, para colocar em relevo um problema prático essencial: o aborto. Tanto assim que o artigo acaba por ser a base para a publicação do livro *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, no ano posterior.<sup>8</sup> O artigo, pode-se dizer, inaugura a propensão de Dworkin àquela ênfase no tratamento de problemas de filosofia política: no livro de 1993, problemas relacionados à vida; no de 1996, à liberdade; no de 2000, à igualdade.

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992. Ao longo da presente resenha, as citações com referência apenas ao número da(s) página(s) são desta obra de Dworkin.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Knopf, 1993.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

<sup>8</sup> No artigo ora resenhado, Dworkin (p. 395, nota 24) inclusive refere que o livro estava em manuscrito, embora ainda não intitulado.

O conjunto da obra, o que se nota mesmo a quem não tem maior familiaridade com a obra de Dworkin, é revelador de um tratamento completo dos grandes temas da filosofia do direito, credenciando-o como um dos grandes autores do nosso tempo, conhecido e reconhecido para além do campo estrito do direito.

O presente ensaio é, em seu princípio, uma resenha do referido artigo de Ronald Dworkin publicado em 1992, mas, em que pese a resenha seja um teor essencial, ele não para no desiderato resenhista. Após a apresentação dos argumentos de Dworkin, descolando-se daquele propósito inicial, propõe-se uma análise de como aqueles argumentos podem ajudar a entender o problema do aborto e a questão da sua descriminalização no contexto da jurisdição constitucional brasileira, considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) referente ao *Habeas Corpus* nº 124.306. A peculiaridade de aquele texto ser um trabalho de transição, como o entendemos em razão de sua estruturação que se coloca entre a “integridade do direito” e as questões de filosofia prática, como aquela do “domínio da vida”, fazem dele, intenta-se demonstrar, uma escolha interessante para essa análise da decisão do STF, haja vista que, em uma possível interpretação para o contexto brasileiro – seguramente, não a única correta –, o argumento da integridade do direito parece litigar com a solução de mérito acerca do aborto avalizada pelo jusfilósofo americano desde o contexto americano.

Realiza-se, assim, uma resenha crítica, mas não no sentido usual do termo. Trata-se, em verdade, de uma resenha *para a* crítica, isso é, uma resenha de um texto seminal buscando que ele sirva – nesse espaço híbrido entre a resenha e o artigo – como uma preparação. Busca-se, com isso, produzir reforços argumentativos para possíveis críticas (no sentido de avaliação), quer do texto de Dworkin, quer, principalmente, daquela decisão da Suprema Corte brasileira.

## 1 A exposição do problema dos direitos não enumerados no texto de Dworkin

O artigo de Dworkin aqui referencial é originário de um debate entre ele e Richard Posner<sup>9</sup> sobre o tema dos direitos não enumerados. Em sua introdução, Dworkin (p. 381) ironiza ter uma desvantagem inicial no debate, qual seja o fato de ele entender que a distinção entre direitos enumerados e não enumerados seria uma distinção “de araque” (*bogus*). Porém, para tornar possível o debate,

<sup>9</sup> Os argumentos de Richard Posner para o debate, na forma de texto, encontram-se na mesma edição da revista: POSNER, Richard. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 433-450, Winter, 1992.

considerando que em um debate sobre “direitos não enumerados” esperam-se considerações sobre a questão do aborto, diz que pretende expor como essa questão deveria ser resolvida, conquanto aquela distinção fosse deixada de lado e substituída por outros conceitos jurídicos, segundo ele, conceitos esses dispensados por “má filosofia”.

Para tratar da distinção, assim, elabora alguns conceitos jurídicos, como os de (1) *Bill of Rights* e sua interpretação, e de (2) revisionismo constitucional para, posteriormente à apresentação da (3) distinção entre direitos enumerados e não enumerados, importar para o seu texto considerações referentes à sua visão acerca da (4) integridade do direito.

Sintetizamos essas abordagens a seguir, na ordem em que elas aparecem no texto, para posteriormente delas nos valermos para a análise proposta.

### 1.1 *Bill of Rights* e sua interpretação

Para Dworkin (p. 382), haveria, na *Bill of Rights*, dispositivos *concretos*, *relativamente abstratos* e outros *altamente abstratos*. Um exemplo de disposição constitucional concreta seria a Terceira Emenda da Constituição norte-americana, que proíbe tropas em tempo de paz. Já a Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão, imprensa e religião, seria relativamente abstrata. Como exemplo de disposição altamente abstrata – categoria na qual estariam as mais importantes questões do ponto de vista da moral política –, cita a Décima Quarta Emenda, que estabelece a “cláusula da igual proteção” (*equal protection clause*) e o “devido processo legal” (*due process of law*). Sob essas considerações, entende ele que há uma “interpretação natural” da *Bill of Rights*, a qual estabelece um conjunto de princípios que definem um ideal político: “eles [os princípios] constroem o esqueleto constitucional de uma sociedade composta por cidadãos iguais e livres” (p. 382).

Nesses termos, igualdade e liberdade seriam as fontes mais importantes dos direitos individuais. Tais direitos, por sua abstração, concederiam aos juízes, na cultura norte-americana, um poder incrível, uma vez que eles têm a última palavra na interpretação da Constituição.

### 1.2 O revisionismo constitucional

Em decorrência dessa abertura, alguns constitucionalistas (chamados revisionistas) procurariam demonstrar que a Constituição não significa o que ela

diz, e que ela não atribui esse poder extraordinário aos juízes. A estratégia dos revisionistas, criticada por Dworkin (p. 383-4), seria a de negar que a *Bill of Rights* define o esqueleto de uma concepção geral de justiça; ela seria apenas uma lista antiquada de questões tidas como importantes em um passado remoto por um pequeno grupo de pessoas. Para Dworkin, os revisionistas, que se poderiam encontrar pelos desígnios de “ativistas”, “não interpretativistas”, “militantes dos direitos não enumerados”, pretendem ir além da Constituição para decidir casos com base em um “direito natural”.

Dworkin entende que a estratégia de revisar e alargar a *Bill of Rights* tem sido bem-sucedida, no sentido de sua capacidade de persuadir a maioria das pessoas a acreditar que os reais “inventores e usurpadores” da Constituição seriam aqueles que buscam fazer o documento significar aquilo que ele, de fato, diz, enquanto tratar a Constituição como uma lista não datada seria a proteger.

Entretanto, para ele (p. 384), tal estratégia seria falha em um importante aspecto: não em razão das consequências de suas alternativas interpretativas à Constituição serem pouco atraentes, mas pelo fato de que os revisionistas não teriam sido capazes de construir qualquer alternativa coerente de interpretação da Constituição.

Dworkin critica distintas concepções revisionistas. Uma delas é aquela que chama “revisionismo externo” (p. 384), a qual, no lugar de se preocupar com o que a Constituição diz, busca reescrever a Constituição com uma teoria da democracia que seus teóricos, como Learned Hand e John Hart Ely, julgam ser a melhor. Essas concepções concederiam o maior poder possível ao governo, em que pese a palavra “democracia” remeta aos mais diferentes significados. Outros revisionistas, diz ele, acreditariam que sua interpretação da Constituição seria melhor do que aquela “interpretação natural” (conjunto de princípios que estabelecem os direitos de cidadãos iguais e livres), pois esta negligenciaria alguns fatos semânticos. Esses autores, para Dworkin (p. 385), não fazem mais do que um exercício de “rebuscar” (*ransack*) a Constituição de filosofia linguística para demonstrar que algumas das cláusulas constitucionais mais importantes não dizem o que elas parecem, de fato, dizer. Além desses caminhos revisionistas, Dworkin critica, ainda (p. 385), outro caminho adotado, que seria o de transformar tais questões linguísticas em uma “intenção do legislador”, a exemplo de Robert Bork, o que seria também, em sua visão, indefensável.

### 1.3 A distinção entre direitos enumerados e não enumerados

Após essas críticas, Dworkin adentra especificamente no tópico da distinção entre direitos enumerados e não enumerados. Para ele, a discussão sobre esse tema seria também mal compreendida por questões semânticas. Nas palavras do jusfilósofo (p. 386, tradução livre):

Os constitucionalistas usam o termo “direitos não enumerados” como um nome coletivo para um conjunto especial de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos (como o direito de ir e vir, o direito de associação e o direito à privacidade, do qual deriva o direito ao aborto – se é que um tal direito existe). Eles consideram que tal classificação assinala uma importante distinção estrutural, distinção essa que os próprios termos utilizados, “enumerados” e “não enumerados”, obviamente sugere. É que, se a *Bill of Rights* apenas enumera alguns dos direitos necessários para uma sociedade com igual proteção e liberdades básicas, deixando outros desses direitos não mencionados, então se pode dizer que os juízes têm poder apenas para fazer cumprir os direitos efetivamente enumerados.

Alguns constitucionalistas reconhecem a distinção, mas não concordam com essa limitação aos poderes do juiz. Nesse caso, entende Dworkin (p. 386-7), eles devem enfrentar uma importante objeção: a de que, uma vez concedendo aos juízes o poder de fazer cumprir direitos não enumerados, perde-se a esperança de limitação do Poder Judiciário, uma vez que o direito produzido pelos juízes seria suspeito se não possui nenhuma raiz cognoscível nas palavras da Constituição. Esse seria o argumento para o Juiz White, da Suprema Corte, afirmar, no caso *Bowers v. Hardwick*, a impossibilidade de se reconhecer o direito à relação homossexual.

Todavia, a distinção entre direitos enumerados e não enumerados não faz nenhum sentido para Dworkin (p. 387), embora reconheça que a questão sobre algo estar ou não estar em uma lista é frequentemente importante para resolver algumas questões, como exemplo, aquela de saber se uma proibição de carregar armas, facas e explosivos na bagagem em um avião compreenderia a proibição de botijões de gás lacrimogênio. Alguns filósofos dizem que para responder a essas questões devemos trabalhar em termos de “referência semântica” (*reference*). Para Dworkin, a aplicação dos princípios abstratos de moralidade política constantes na *Bill of Rights* – que contemplam os direitos constitucionais individuais – a controvérsias políticas particulares não se faz por “referência semântica”, mas por *interpretação*, o que seria bastante diferente.

O autor, para explicar essa diferença entre “referência semântica” e interpretação apresenta três exemplos, relacionados a três diferentes direitos: o direito contra a discriminação de gênero, o direito de queimar a bandeira norte-americana e o direito ao aborto. Usualmente, diz, tem-se os dois primeiros como enumerados (decorrentes da *equal protection* e da *freedom of speech*) e o último como não enumerado. Porém, a distinção não se sustentaria. Esses argumentos seriam interpretativos, e não “referenciais semânticos”, porque, da mesma forma que não se pode extrair do termo *due process of law* o direito ao aborto, também não se pode extrair do termo *equal protection* a inconstitucionalidade da exclusão da mulher de certos trabalhos e do termo *freedom of speech*, a liberdade de queimar bandeiras ou a impossibilidade de queimá-las. Entende ele (p. 388), assim, que qualquer conclusão acerca da aplicação desses termos não pode ser extraída em razão de uma crença ou de uma intenção do legislador, mas porque o princípio político que apoia essa conclusão é melhor do ponto de vista da estrutura e da história do direito constitucional.

Em síntese, Dworkin (p. 390) sustenta não arguir que a Suprema Corte deve proteger direitos constitucionais não enumerados do mesmo modo que protege os enumerados, mas sim que essa distinção não faz qualquer sentido, porque confunde “referência semântica” e interpretação. Qualquer intérprete, para ele, deve aceitar certas restrições, as quais produzem interpretações melhores ou piores, sendo uma dessas restrições a coerência. Um exemplo de falta de coerência, para o autor, seria uma interpretação da *Bill of Rights* segundo a qual um princípio moral inserido em uma de suas cláusulas fosse rejeitado por outra. Isso seria, em seus dizeres “[...] não um exemplo de flexibilidade pragmática, mas de hipocrisia” (p. 391).

A forte afirmação com que encerra o tópico da distinção entre direitos enumerados e não enumerados serve, em seu texto, a dois propósitos: primeiro, realizar uma crítica, tanto velada quanto direta, à interpretação de Posner sobre essa distinção; segundo, introduzir sua abordagem sobre o tema, o que faz a partir da noção de integridade do direito, que trabalhara originalmente em seu *Law's empire*.

## 1.4 A integridade do direito

Para apresentar a sua abordagem sobre o tema do aborto, Dworkin, antes, retoma a ideia de que a mais usual interpretação da *Bill of Rights* seria aquela que concede aos juízes um grande e assustador poder. Para ele, é compreensível que alguns constitucionalistas queiram ler a *Bill of Rights* de um modo menos

temeroso, mas seus esforços tendem a ser malsucedidos, porque as distinções semânticas nas quais eles se baseiam são insuficientes para estabelecer qualquer conjunto de direitos constitucionais. Ao procurar limites para o Poder Judiciário, acabam “[...] concedendo aos juízes o poder indisciplinado da arbitrariedade” (p. 391).

Ao perguntar o que se deve fazer diante desse cenário, Dworkin (p. 392) afirma que se deve entender que a Constituição, em matéria de direitos fundamentais, determina que os juízes façam coletivamente o seu melhor para construir, de geração em geração, o esqueleto das liberdades e igualdades que as cláusulas da *Bill of Rights*, em sua generalidade, requerem. Deve-se substituir as limitações semânticas e procurar, no lugar delas, as limitações no único lugar onde elas podem ser encontradas, que é o lugar do “bom argumento”. O vício de decidir mal, segundo ele, é atrelado ao vício dos maus argumentos e das más convicções. O mecanismo de defesa em relação a esse vício passaria por apontar onde e como os argumentos são ruins. O que não se pode fazer, diz ele (p. 393), é aceitar uma concepção filosófica segundo a qual, como não existe uma fórmula para que todos os juízes cheguem às (mesmas) respostas, não haveria uma concepção melhor que a outra do ponto de vista das liberdades e da igualdade, de modo que a jurisdição seria apenas uma questão de poder.

No lugar da concepção criticada, Dworkin (p. 393-4) propõe aceitarmos um princípio de que, independentemente das visões acerca da justiça, os juízes estão obrigados pela *integridade* do direito, considerada a integridade em três dimensões: a) a decisão judicial é uma questão de princípio; b) a integridade possui uma verticalidade, isso é, o juiz, para dizer que um direito é fundamental, deve fazer isso de modo consistente com a gama de precedentes e com a estrutura básica do arranjo constitucional; e c) a integridade possui uma horizontalidade, isso é, o juiz, ao adotar um princípio em um caso, deve lhe dar peso nos outros casos que decide. A integridade reclamaria um princípio (diferente de uniformidade) de que “[n]ós somos governados não por uma lista, mas por um ideal, e a controvérsia, por consequência, está no coração da nossa história” (p. 394). Por essa razão, os juristas deveriam dedicar-se a produzir, testar e fazer evoluir diferentes concepções de liberdade e igualdade que tivessem respaldo na história e na prática do constitucionalismo norte-americano. A prosperidade da Constituição, desse modo, estaria atrelada à construção de um corpo de pensamento (compondo críticas, argumentos e exemplos) que estabelecesse guias e restrições aos juízes.



## 2 A exposição do problema do aborto no texto de Dworkin

A partir dessa construção, Dworkin (p. 395) escolhe o exemplo do aborto para discutir o papel da integridade na interpretação, usando-a no lugar da discussão sobre direitos enumerados e não enumerados.

Inicialmente, diz o autor (p. 395), deve-se aceitar que uma mulher tem um direito, protegido constitucionalmente, de controlar e usar o seu próprio corpo. Isso significaria, por consequência, que uma grávida deve ter o direito ao aborto, exceto se considerarmos que o Estado<sup>10</sup> tenha alguma razão legítima e importante para o proibir, a qual muitas pessoas acreditam que os governos têm, porquanto lhes cabe proteger a vida humana. Essa fora a opinião de alguns juízes dissidentes no caso *Roe v. Wade*<sup>11</sup> e mesmo de alguns juristas que apoiaram a decisão.

As premissas nas quais muitas pessoas baseiam a discussão sobre o aborto, para Dworkin (p. 396-8), são ambíguas, uma vez que há dois tipos de propósitos diferentes que podem levar um Estado a acreditar necessário proibir o aborto: uma exigência derivada (*derivative claim*), a qual pressupõe que o feto possui direitos e interesses; e uma exigência singular (*detached claim*), a qual pressupõe a existência de um valor intrínseco à vida humana. Nenhuma dessas exigências levaria em consideração o momento em que a vida humana começa, ou o conceito de pessoa, pois esse tipo de discussão, em vez de afastar, gera ainda mais ambiguidade. Em relação ao início da vida, poder-se-ia considerar que o feto é uma criatura viva singular no momento em que implantada no útero, estando ali um organismo humano cuja vida se iniciou. Já em relação ao conceito de pessoa, às vezes ele é puramente descritivo, e se identifica com o início da vida, e, outras vezes, um conceito moral. Desse modo, como tais discussões, conforme referido, geram ambiguidade, elas deveriam, para o autor, ser evitadas. Em seu lugar, dever-se-iam utilizar aqueles citados propósitos para a justificação estatal de leis antiaborto: as exigências derivadas e as exigências singulares.

<sup>10</sup> Utilizou-se, aqui, a expressão *Estado* em sentido abstrato, não como ente federado, para aplicá-la em nosso contexto. Porém, vale lembrar que no contexto norte-americano, em que há competência legislativa estadual para legislar sobre direito penal, a expressão *Estado* é designada, no texto de Dworkin, como o ente federado, isso é, a pessoa jurídica de direito público constante da Federação. Deve-se, na leitura, fazer essa distinção entre o contexto norte-americano e o brasileiro para a palavra *Estado*, em que a competência legislativa sobre direito penal é exclusiva da União.

<sup>11</sup> Decisão paradigmática da Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual, de um lado, assegurou-se à mulher o direito ao aborto (com base no direito à privacidade constante do devido processo jurídico – Décima Quarta Emenda), e, de outro, reconheceram-se dois interesses do Estado em regular os abortos: a proteção da vida do nascituro e a saúde da mulher. A Corte, em ponderação, designou que as regulações sobre o aborto não poderiam alcançar os primeiros três meses de gravidez. Posteriormente, foi rejeitado o marco temporal objetivo (trimestral), para se estabelecer como marco a “viabilidade”, isso é, a possibilidade de vida extrauterina.

Nesse contexto argumentativo, Dworkin dedica dois tópicos sobre os fetos: o primeiro para responder se os fetos seriam “pessoas constitucionais” e o segundo para responder se os fetos teriam interesses. Ambos os tópicos dizem respeito, pois, ao que entende por “exigências derivadas”.

Em relação ao primeiro tópico, sustenta (p. 398-9) que a Constituição estipula (deve estipular) os destinatários dos direitos constitucionais, direitos esses que os governos devem respeitar e fazer cumprir. Assim, se a Constituição estipular o feto como uma pessoa constitucional, haveria, evidentemente, uma exigência derivada para que os Estados proibissem o aborto. São os fetos pessoas constitucionais? Dworkin entende que a Suprema Corte, no caso *Roe v. Wade*, respondeu à questão da única maneira possível: a Constituição norte-americana não declara o feto como uma pessoa constitucional cujos direitos podem competir com os direitos de uma mulher grávida. Os Estados, acrescenta (p. 400-2), estariam, em tese, livres para declarar os fetos como pessoas. Mas isso seria algo diferente, todavia, de estar livre para criminalizar o aborto, porquanto, ao declarar direitos constitucionais a alguns cidadãos, outros, que já possuem direitos constitucionais reconhecidos, passam a ser afetados, já que tais direitos podem entrar em conflito. Desse modo, reconhecer novas pessoas constitucionais significaria diminuir direitos constitucionais de pessoas constitucionais já reconhecidas. Não sendo os fetos pessoas constitucionais, de acordo com o arranjo constitucional nacional, os Estados não poderiam passar por cima desse arranjo, declarando que os fetos possuem direitos que competem com os direitos da mulher grávida. Os Estados poderiam até definir o início da vida, mas não limitar, com essa definição, direitos constitucionais previamente estabelecidos.

Em relação ao segundo tópico, para Dworkin (p. 402-3), mesmo que não se considerem os fetos pessoas, o Estado pode proteger os interesses de não pessoas (assim como protege os interesses dos animais). Porém, essa proteção, mais uma vez, não poderia justificar a redução de direitos constitucionais. Além disso, um feto não teria interesses antes do terceiro trimestre. “Nem tudo que pode ser destruído tem um interesse em não ser destruído” (p. 402), diz, dando o exemplo de uma escultura, cujo ato de vandalismo praticado nela não seria “injusto” contra ela. O exemplo sugere que o “interesse” requer alguma forma de consciência. Nesse sentido, corroboraria o fato de mesmo cientistas conservadores atestarem que o feto só pode sentir dor a partir da 26ª semana de gravidez.

Estivéssemos tratando apenas de direitos constitucionais, seria fácil perceber que o decidido no caso *Roe v. Wade* estaria correto para Dworkin (p. 405). Mas essas questões não seriam, segundo ele, a “verdadeira questão” colocada à decisão no caso. Nem a única, nem a mais central. Para ele (p. 406-7), haveria

outra maneira, mais essencial, de pensar sobre o aborto. Coloca-se em evidência, aqui, aquele segundo propósito para a justificação estatal de leis antiaborto, que chamara de “exigência singular”, a qual diz respeito a uma questão moral, relativa ao argumento de que a vida humana é um valor intrínseco. Por ser um dilema moral, acrescenta, mesmo aqueles que consideram a vida um valor intrínseco viveriam em constantes debates sobre as circunstâncias nas quais o aborto poderia ser permitido: estupro, incesto, deformidade, casos em que o nascimento teria um profundo impacto negativo à vida da mãe.

A questão, do ponto de vista do direito constitucional, seria então saber se os Estados poderiam legitimamente proteger esse valor intrínseco, não por uma “exigência derivada” de direitos, mas por uma “exigência singular”, relacionada ao valor da vida humana.

De acordo com Dworkin (p. 407), não é possível decidir a questão como gostariam alguns liberais, no sentido de que essa decisão não interessaria à comunidade, sendo apenas da mãe ou da mãe e do pai. Decisões individuais, afirma, afetam valores coletivos. Como exemplo, cita o fato de que é muito mais difícil para os pais convencerem seus filhos de que o aborto é um sacrilégio em comunidades que o apoiam do que em outras comunidades, que o veem como um crime. A questão, para o autor, estaria relacionada a duas grandes tradições recorrentes na cultura norte-americana: uma, a tradição religiosa e da liberdade pessoal; outra, aquela que determina caber ao governo resguardar a moralidade pública.

Entra-se, aqui, no ponto sobre quais seriam as preocupações governamentais legítimas. No caso *Roe*, lembra Dworkin (p. 408), tanto os votos majoritários como os dissidentes concordaram que o Estado tem o interesse em “proteger a vida humana”. Isso seria ambíguo, e poderia descrever dois objetivos contraditórios entre si: o da *responsabilidade*, objetivo segundo o qual o Estado deve pressupor que os cidadãos decidem a questão do aborto de modo reflexivo, como uma questão moral, e não por mera conveniência, sendo os cidadãos livres em sua decisão sobre o tema; e o da *conformidade*, objetivo segundo o qual os cidadãos obedecem às regras e respeitam a vida, de modo que o aborto, se for permitido, o será apenas em circunstâncias apropriadas, segundo decisão da maioria, não sendo os cidadãos plenamente livres em sua decisão sobre o tema. Esse antagonismo estaria no centro da questão, caso pensemos – como Dworkin pensa – que a questão do aborto deve ser tratada como uma questão de exigência singular (valor intrínseco da vida) e não de exigência derivada de direitos e liberdades.

Alguns comentaristas sustentam que o caso *Roe* concedeu às mulheres um direito fundamental ao aborto, sendo que o caso *Webster* teria enfraquecido esse direito e o caso *Casey* o enfraquecido mais ainda, permitindo que o Estado

o limitasse sem uma razão convincente.<sup>12</sup> Segundo a análise de Dworkin (p. 410), porém, o que foi estabelecido no caso *Roe* foi um direito contra o objetivo da *conformidade* (não sobre a *responsabilidade*), prevalecendo o direito de o Estado não proibir o aborto praticado antes do terceiro trimestre. Desse modo, as decisões posteriores da Suprema Corte, com tendência *pro life*, não seriam necessariamente “pregos no caixão do caso *Roe*” (p. 411).

Avançando nesse ponto, sustenta (p. 411-2) que a questão do aborto possui importância distinta de outras por três razões principais: primeira, pelo impacto que gera a algumas pessoas, especialmente na vida da mãe, acaso tenha uma criança que não queria ter; segunda, há um desacordo na sociedade entre o respeito pelo valor intrínseco da vida e o que esse respeito importa para o caso do aborto; e terceira, nossas convicções sobre o valor intrínseco da vida têm menos relação com esse valor em si do que com a nossa própria personalidade moral, o que ganha evidência na vida de pessoas religiosas. Mesmo aqueles que não acreditam que o feto tenha algum interesse, pensa Dworkin (p. 415), aceitam que a vida possui um valor intrínseco, seja porque ela foi criada por um Deus, seja porque representa um triunfo da natureza, seja porque a complexidade da vida é, por si só, inspiradora. O problema seria outro. Algumas pessoas, por acreditarem no valor intrínseco da vida, acreditam, por via de consequência, que o aborto é sempre, ou quase sempre, errado. Outras, pelo mesmo motivo, acreditam que o aborto é, às vezes, necessário.

Tratando o tema desde uma perspectiva jurídica, é suposto que Dworkin demonstre, em algum momento, onde, na Constituição, dever-se-ia endereçar a questão do aborto. O autor chamará isso de uma procura pelo “lar textual” da questão, e tratará dela em tópico específico. Antes do aspecto normativo, porém, cuida do seu marco teórico, com considerações sobre a estrutura de um “direito à autonomia procriativa”.

A questão do aborto, sugere (p. 415-6), requer uma interpretação do direito à privacidade, no sentido de que esse direito limita o poder estatal de invadir a liberdade pessoal. O direito à privacidade não garantiria o direito ao aborto se o feto fosse uma pessoa constitucional. Mudando o foco da discussão, porém, para a questão do valor intrínseco da vida, o princípio da privacidade seria plenamente aplicável, porque as decisões éticas são conectadas a esse princípio, de tal modo que as decisões sobre procriação ensejariam falar em um princípio distinto, que seria o da autonomia procriativa. Dworkin entende o princípio da autonomia

<sup>12</sup> Dworkin cita, aqui, Laurence Tribe e Michael de Courcy Hinds. Enquanto tivemos acesso ao primeiro (TRIBE, Laurence. *Abortion: the clash of absolutes*. New York: Norton, 1990. p. 24), não conseguimos localizar o segundo, um artigo publicado no *New York Times* intitulado *Appeals Court upholds limits for abortions*, de 1991.

procriativa na mesma linha de pensamento do Juiz Brennan, da Suprema Corte, no caso *Griswold*,<sup>13</sup> que cita: “Se o direito à privacidade significa alguma coisa, é o direito do indivíduo, casado ou não, de ser livre da intrusão governamental em questões que afetam fundamentalmente sua pessoa, como aquele de decidir se quer carregar ou gerar uma criança” (p. 416).

Na linha do sustentado anteriormente, Dworkin (p. 418) compreende que a integridade do direito requer uma conclusão: os princípios nos quais um conjunto de decisões apoiaram-se devem ser aceitos também em outros contextos. Isso não significaria dizer que os juízes não possam entender que alguns dos princípios utilizados em decisões passadas estejam equivocados, mas importaria na impossibilidade de eliminar essas decisões do passado, o que destruiria a integridade. A destruição da integridade do direito ocorreria, para ele, especialmente quando se rejeita princípios estabelecidos em decisões do passado que, caso tivessem sido prolatadas no presente, não poderiam receber o rótulo de equivocadas. Os casos relacionados aos métodos contraceptivos (como no caso *Griswold*) recairiam nessa categoria, e os princípios lá estabelecidos – como o da autonomia procriativa – não poderiam ser ignorados cinicamente nas novas decisões sobre aborto. Isso significaria, para o autor, que deve ser reconhecido o direito de uma mulher de decidir gerar ou não uma criança. Se considerarmos que uma maioria tem o poder de impor sua visão sobre a santidade da vida a todos, argumenta Dworkin, então um Estado poderia determinar que alguém abortasse em alguns casos (considerando, por exemplo, que uma deformidade fosse considerada um desrespeito à santidade da vida), mesmo contra sua própria vontade.

Após trabalhar o marco teórico do direito à autonomia criativa, a pergunta sobre onde se encontraria esse direito, no plano normativo, retorna com força, uma vez que, embora tal tema fosse central naquele debate entre Dworkin e Posner, até aquele momento, a argumentação de Dworkin não decorreria de nenhum dispositivo constitucional. Para Posner,<sup>14</sup> Dworkin tentou arduamente encontrar alguma cláusula da *Bill of Rights* em que o direito da autonomia procriativa pudesse encaixar-se confortavelmente, mas falhou nesse intento. Posner<sup>15</sup> refere que diversos autores buscaram, sem sucesso, encontrar esse direito em muitos lugares distintos: Dworkin, primeiramente, na cláusula do devido

<sup>13</sup> Caso em que a Suprema Corte julgou inconstitucional a previsão da utilização de métodos contraceptivos como crime.

<sup>14</sup> POSNER, Richard. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 433-450, Winter, 1992. p. 441.

<sup>15</sup> POSNER, Richard. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 433-450, Winter, 1992. p. 442.

processo e, depois, na liberdade religiosa; Laurence Tribe na cláusula de fundação da Primeira Emenda; outros na Nona e na Décima Terceira Emenda; e outros, ainda, na cláusula da igual proteção. Ao fim, ironiza Posner, espera o dia em que alguém irá defender esse direito na cláusula da forma republicana de governo ou na de imunidade e privilégios. Vê-se, pois, um argumento duro contra a presença desse direito no texto constitucional.

Dworkin (p. 418-9), para defender o seu ponto, afirma que a estrutura geral da *Bill of Rights* permitiria que qualquer direito moral, como o direito fundamental à autonomia procriativa, encontre nela um “lar textual” seguro. Tal direito poderia, segundo ele, ser encontrado em qualquer interpretação competente da proposição do devido processo – Décima Quarta Emenda – e nas decisões da Suprema Corte aplicando essa proposição. De maneira mais complexa, esse direito também poderia ser demonstrado na Primeira Emenda, que garante aos cidadãos o livre exercício de sua religião. Essa alocação poderia ser demonstrada para aqueles que instintivamente percebem a dimensão religiosa da questão. No entender do jusfilósofo (p. 422-4), há uma dificuldade generalizada, presente em decisões da Suprema Corte, em estabelecer uma diferença clara entre convicções religiosas e não religiosas. De qualquer modo, a concepção do valor objetivo intrínseco da vida possui características religiosas, não pela importância subjetiva, mas por um “teste de conteúdo”, considerando a impossibilidade de se pensar em uma discussão sobre o valor da vida que não deite em raízes religiosas. Dworkin entende (p. 425), desse modo, a despeito das críticas de Posner, que não chega a ser embaraçoso o fato de autores diferentes encontrarem o direito à autonomia procriativa em disposições diferentes, uma vez que, como a *Bill of Rights* reflete o ideal de um governo justo, não faz sentido que a liberdade de religião não seja também uma liberdade em sentido mais genérico, ou que a proteção da liberdade de todos não tenha qualquer relação com a igualdade.

Seu argumento, porém, vai além da questão do “lar textual”, alcançando também o fundamento da dignidade. Para ele (p. 425-6), a crença na dignidade humana é cardinal na cultura política norte-americana, e foi ela quem conduziu à igualdade racial e à proibição da escravidão. Pelo mesmo motivo, sustenta, deve ser reconhecido o princípio da autonomia procriativa, uma vez que é um princípio que gostaríamos em nossa Constituição mesmo que estivéssemos diante de uma “lousa limpa”, na qual estivéssemos livres para escrever o que quiséssemos. Em suas palavras (p. 427, tradução livre):

[a] tolerância é um preço que temos de pagar pela nossa aventura na liberdade. Nós estamos comprometidos, pela nossa Constituição, a viver em uma comunidade na qual nenhum grupo pode ser considerado

suficientemente inteligente, espiritualizado ou numeroso para decidir questões essencialmente religiosas em nome de todos.

Uma preocupação genuína com o fato de que cada um deve ser um guia de suas ações não poderia entender aceitável, para o autor, que uma vida seja qualificada como boa caso, em vez de se permitir que cada um viva de acordo com suas convicções pessoais, viva-se a partir da imposição de valores alheios.

### 3 As soluções do problema do aborto no texto de Dworkin

Analisando o caso *Roe*, Dworkin entende que ele teria feito “três coisas” (p. 428). Primeiro, reafirmou o direito constitucional à autonomia procriativa da mulher grávida, declarando que os Estados não podem proibir o aborto como bem entenderem. Segundo, reconheceu que os Estados, embora não possam proibir o aborto como bem entenderem, possuem um interesse legítimo em regular o aborto. E terceiro, construiu um regime detalhado na ponderação entre o direito da mulher grávida e o interesse do Estado, baseado nos seguintes parâmetros: a) os Estados não podem proibir o aborto, em qualquer hipótese, no primeiro trimestre de gravidez; b) os Estados podem regular o aborto no segundo trimestre de gravidez somente em casos relacionados à saúde da mãe; e, finalmente, c) os Estados podem proibir o aborto após a viabilidade fetal, que ocorre aproximadamente no início do terceiro trimestre da gravidez.

A interpretação de Dworkin sobre o aborto, diz ele (p. 428-30), é concordante com as duas primeiras exigências nesse esquema de trimestres formulado pela Corte. Em relação à terceira exigência, entende que ela mereceria maiores considerações, especialmente no tocante à importância da viabilidade do feto. “Por que a viabilidade faria o direito à autonomia procriativa menos efetivo?”, pergunta-se ele. Duas respostas seriam possíveis: a) porque, nesse momento, o desenvolvimento cerebral permite que o feto sinta dor; e b) esperar até esse momento permite à mulher ampla reflexão sobre sua decisão.

Dworkin acredita que essas duas respostas, tomadas em conjunto, permitem uma conclusão persuasiva sobre o porquê de os Estados poderem, após o sexto mês de gravidez, proibir o aborto. No entanto, parece inclinado a uma medida menos objetiva do que aquela estabelecida no caso *Roe*. No lugar do esquema trimestral (exceto para o primeiro trimestre, que, concordando com Blackmun, necessitaria de um marco temporal objetivo para a inconstitucionalidade de leis antiabortivas), sugere (p. 431) um esquema subjetivo, a ser decidido pelas Cortes caso a caso, no qual a consideração principal seria a de se houve ou não um

tempo razoável, após o conhecimento da gravidez (ou de circunstâncias especiais na gravidez, como a descoberta de alguma deformidade), para a gestante decidir.

Ao fim de seu texto (p. 432), sustenta, então, que a decisão do caso *Roe* não mereceria uma modificação substancial, uma vez que serviria ao propósito estatal legítimo de proteger o valor intrínseco da vida. A questão mais importante, todavia, seria aquela de sopesar esse propósito legítimo (o valor da vida) e outro propósito, ilegítimo, da coerção. Seria intolerável e desolador, para ele, se a decisão do caso *Roe* fosse totalmente revertida para negar o direito à autonomia procriativa.

#### **4 O julgamento do STF no *Habeas Corpus* nº 124.306: exposição do caso e dos fundamentos da decisão**

O texto de Dworkin, de 25 anos atrás, reavivou-se em nossa memória em razão de um fato recente: o julgamento do HC nº 124.306<sup>16</sup> pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, finalizado em 29.11.2016, tendo sua decisão sido publicada em 17.3.2017. Com a publicação da decisão, pôde-se, assim, analisar o seu real teor, do qual surgiu o exercício proposto neste ensaio, que é aquele de apresentar o texto de Dworkin como um reforço argumentativo para o entendimento e análise da decisão de nosso Tribunal.

Lembra-se, antes dessa análise, de que a questão do aborto – para além de eufemismos – não é nova em nosso Supremo, tendo sido objeto de intensos debates, especialmente quando do julgamento da ADPF nº 54, em 12.4.2012.<sup>17</sup> Porém, o caso recentemente decidido pelo Tribunal (ainda que por uma das Turmas do Tribunal – sem, portanto, apreciação do Pleno – e ainda que sem o pronunciamento sobre o mérito de alguns dos ministros daquela Turma) guarda, ao menos, uma importante peculiaridade que lhe faz merecer uma reflexão à parte: diferente do julgamento anterior, neste o Supremo tinha, como suporte fático (a fim de lhe verificar a incidência do tipo penal que criminaliza o aborto), a interrupção da gravidez de um feto de saúde normal, isso é, sem a característica da anencefalia que fora objeto da ponderação anterior, em exame abstrato, na citada arguição de descumprimento de preceito fundamental.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus n. 124.306/RJ*. Relator Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, 2016.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 124.306/RJ*. Relator Min. Marco Aurélio, 2012. Para uma reflexão sobre essa decisão, *vide*, sobretudo: SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 2, p. 184-201, jul./dez. 2014.



O *habeas corpus* ora analisado teve, em sua origem remota, a prisão em flagrante de dois denunciados pela prática dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal) e de provocar o aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal). Inicialmente, o juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RS havia deferido a liberdade provisória aos pacientes, o que foi objeto de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público. Provido o recurso pelo Tribunal de Justiça daquele estado, foram expedidos mandados de prisão contra ambos. A defesa dos denunciados, então, impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual não foi conhecido, por questão processual, pela Sexta Turma daquele Tribunal. Contra essa decisão é que a defesa impetrou o *habeas* aqui analisado, dessa vez perante o Supremo Tribunal Federal, o qual, atuado sob o nº 124.306, foi distribuído à relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Em juízo liminar, o relator, em 8.12.2014, deferiu a medida cautelar aos pacientes, posteriormente (em 27.6.2015) a estendendo para os demais corréus. Levando o caso a julgamento na Primeira Turma do STF, em 9.8.2016, votou pelo conhecimento do remédio e pela concessão da ordem, sob um fundamento de caráter processual, qual seja o de não se poder realizar custódia preventiva automática da prisão em flagrante, sem juízo de culpa, somado ao fato de não estarem presentes, em sua avaliação, requisitos para a prisão preventiva. Nessa ocasião, o presidente da Turma, Ministro Roberto Barroso, pediu vista dos autos, devolvendo o caso à apreciação da Corte quando, em 29.11.2016, apresentou seu voto.

O julgamento tornou-se paradigmático exatamente quando da apresentação desse voto-vista. Isso porque, concordando com a ausência dos requisitos da prisão preventiva constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, o Ministro Roberto Barroso foi além desse plano processual para fundamentar o caso em razões substantivas, relacionadas ao seu entendimento sobre a “inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” da gravidez.

Na brevidade proposta ao presente ensaio, e didaticamente, podem-se sintetizar os fundamentos do seu voto (na parte do mérito) em três partes:

- a) a criminalização do aborto – como qualquer outra conduta criminalizada –, para ser compatível com a Constituição, deve passar pela análise sobre se ela protege um bem jurídico relevante, sobre se o comportamento criminalizado não constitui exercício legítimo de direito fundamental e sobre se há proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal;
- b) a criminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação (quando, independentemente do conceito jurídico de vida adotado, se sabe, como premissa fática, que não há formação de sistema nervoso central e

formação de consciência) viola direitos fundamentais da mulher, uma vez que, nessa fase, o embrião depende do corpo da mãe, não sendo viável, como vida, fora dele. A partir dessa premissa, entende haver violação aos direitos fundamentais da *autonomia* (poder de controle da mulher sobre seu corpo e de tomar decisões a ele relacionadas), da *integridade física e psíquica* (tendo em vista as transformações físicas no corpo da mulher e as afetações psíquicas pela assunção de uma obrigação não desejada), dos *direitos sexuais e reprodutivos* (relacionados ao direito de a mulher decidir se e quando deseja ter filhos, notadamente por caber à mulher os ônus da gravidez) e da *igualdade de gênero* (considerando a posição histórica de subordinação das mulheres, a qual, retratada em um Código Penal datado de 1940, estereotipou a identidade feminina e o seu papel social). A criminalização representaria, ainda, *discriminação social e impacto desproporcional às mulheres pobres*, uma vez que essas, para a realização do aborto, sem que possam recorrer a clínicas particulares, acabam por realizar procedimento em clínicas clandestinas, sem qualquer infraestrutura; e

- c) a criminalização do aborto violaria o princípio da proporcionalidade, por não passar no exame da *adequação* (uma vez que os abortos seguem sendo praticados em números relevantes, embora em locais não seguros), da *necessidade* (haveria meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, entre os quais a educação sexual, a distribuição de contraceptivos e o amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (geraria custos sociais, como problemas de saúde pública e mortes, superiores aos seus benefícios).

Ao final de seu voto, em que pese tenha entendido pelo descabimento do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional, votou pela concessão da ordem de ofício, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Entre esses, vale citar, a Ministra Rosa Weber abriu voto concorrente, no sentido de acompanhar, em argumentos, a descriminalização. E o Ministro Edson Fachin, por seu turno, disse que acompanhava o Ministro Roberto Barroso pelos dois fundamentos (processual e material), fazendo uma pequena consideração, *in latere*, indicando posição também no sentido da descriminalização. Não se leem, ao menos na versão publicada do acórdão, considerações sobre o mérito dos demais ministros que compõem aquela Primeira Turma, é dizer, o próprio relator, Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Luiz Fux.

## 5 Do texto de Dworkin à análise e crítica da decisão do STF

Perpassada a resenha do texto de Dworkin e a síntese do julgamento do STF no HC nº 124.306, propomos uma possível (entre outras tantas) reflexão sobre elas, a qual fazemos apontando duas diferentes perspectivas de interpretação: uma *primeira* considerando os argumentos sobre o aborto no texto de Dworkin e do Tribunal no julgamento do HC nº 124.306, e sobre o que se poderia esperar na questão da descriminalização do aborto do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no exercício de sua competência para controlar a constitucionalidade das leis *in abstracto*; e uma *segunda* considerando especificamente o argumento da integridade do direito no texto de Dworkin e o *modus operandi* do STF no julgamento do HC nº 124.306 e sobre o que se poderia esperar do Poder Judiciário no exercício de sua competência para controlar a constitucionalidade das leis *in concreto* no caso da descriminalização do aborto.

### 5.1 Os argumentos de Dworkin, o julgamento do HC nº 124.306, e o que se pode esperar do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (em controle abstrato de constitucionalidade) sobre a descriminalização do aborto

Os papéis do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, considerando apenas o controle abstrato de constitucionalidade, aproximam-se mais do que, à primeira vista, pode parecer. Ao menos desde uma análise pragmática, a função legislativa e a função jurisdicional de controle concentrado das leis relacionam-se ao exercício de analisar argumentos tendentes à composição de uma maioria. No caso em análise, uma maioria apta a considerar a descriminalização do aborto.

A diferença está no fato de que, enquanto na função legislativa, argumenta-se, antes politicamente, para a composição de uma maioria em ambas as Casas Legislativas apta a revogar os arts. 126, 127 e 128 do Código Penal ou a alterar sua redação, na função jurisdicional argumenta-se, antes juridicamente, para a composição de uma maioria no Pleno do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dessas disposições normativas (caso em que o aborto seria totalmente descriminalizado), ou para dar uma interpretação conforme àquelas disposições (como a realizada pelo órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela descriminalização do aborto especificamente para os três primeiros meses de gravidez), prescrevendo positivamente as normas extraíveis das regras citadas.

Ao se analisarem os argumentos apresentados no texto de Dworkin – pensando em sua relevância para o contexto brasileiro – e no voto de Barroso, percebe-se descortinar, quer para a função legislativa, quer para a jurisdicional, uma diretriz defensável no sentido de sustentar uma interpretação da lei criminal para a qual o aborto, sob certas circunstâncias (inclusive relacionadas ao tempo da gestação), pode ser descriminalizado sem que isso represente ofensa à moldura constitucional. Como afirmou Dworkin, e como demonstrou Barroso, costuma haver “lares textuais” suficientes no esqueleto de liberdades e igualdades das Constituições democráticas consagradoras de direitos fundamentais, incluindo a brasileira, para deles extrair um direito à autonomia procriativa que impede uma criminalização planejada do aborto.

De posse dessas interpretações, pode-se dizer que a descriminalização do aborto, inclusive na chamada “solução de prazos”,<sup>18</sup> deve ser pensada em termos de uma “melhor leitura”, e não em termos de uma “única leitura correta” na qual se estampe, *a priori* – e sem dar crédito a esses argumentos –, um juízo negativo à descriminalização. Se a questão admite uma leitura mais sofisticada do que aquela do irrefletido juízo negativo, há que se buscar, pois, o “bom argumento” reclamado pela integridade. E, nesse sentido, o texto de Dworkin fornece alguns bons argumentos que ajudam a pensar a descriminalização do aborto também no direito brasileiro, os quais, analisados um a um, parecem subsidiar, no mérito, a decisão do STF no HC nº 124.306. Vale, assim, pontuar sinteticamente aqueles argumentos pensando-os na perspectiva brasileira.

Em primeiro lugar, tem-se o argumento da *Bill of Rights* e sua interpretação, somada à crítica revisionista. Mostra-se preferível, também no Brasil, uma leitura da Constituição no sentido de que seu elenco de direitos fundamentais deve ser lido como um arcabouço para a promoção de cidadãos livres e iguais – a partir de um conjunto coerente de interpretações sobre esse elenco – do que como uma lista enclausurada pela chave de intérpretes poderosos com tendências messiânicas de caráter revisionista. Dessas leituras, entende-se que o catálogo também se abre em interpretações responsáveis, porque coerentes; e coerentes, porque responsáveis.

Em segundo lugar, tem-se o argumento da distinção entre direitos enumerados e não enumerados e, com ele, a questão do “lar textual” da autonomia procriativa em nossa Constituição. Trata-se de uma distinção que nos parece relevante

<sup>18</sup> Para uma diferenciação da chamada “solução de prazos” e o “modelo das indicações”, com considerações a respeito da adoção deste modelo na decisão do STF na ADPF n. 54, *vide* SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 2, p. 184-201, jul./dez. 2014. p. 195-196.

também no Brasil, conquanto ela signifique: de um lado, a restrição ao poder dos juízes, impedindo o reconhecimento de direitos que não tenham uma matriz constitucional mínima (nas palavras de Dworkin, uma “raiz cognoscível” em seu texto); e, de outro, que essa busca de uma matriz constitucional mínima não se confunda com a mera “referência semântica”, mas que seja realizada a partir da “interpretação”. Assim como um “direito fundamental à verdade” pode ser extraído de um contexto constitucional garantidor do acesso à informação (pelo direito à petição e de certidão) e do princípio da privacidade, e não por sua projeção semântica no texto, o “direito fundamental à autonomia procriativa” não desborda de um contexto constitucional. Nesse exercício hermenêutico, a Constituição brasileira poderia encontrar um direito à autonomia procriativa em lares textuais muito semelhantes àqueles da Constituição norte-americana. Embora ressalvas pudessem ser feitas ao endereçamento desse direito na liberdade de religião ou no devido processo (que possuem abordagem historicamente mais abrangente no contexto americano), difícil discordar da sintonia de um tal direito com a dignidade humana, com a liberdade – em suas feições positiva e negativa (como a que envolve a privacidade e a intimidade) –, com a integridade física e psíquica e com a igualdade de gênero, todos eles, aliás, encontrados no voto do Ministro Barroso.

Em terceiro lugar, tem-se o argumento da distinção entre exigência derivada e singular. Ora, como bem apontado por Dworkin, havendo controvérsia quanto ao conceito de vida, tanto em sentido jurídico como biológico, é legítimo que haja controvérsia, também, sobre as limitações do Estado em criminalizar o aborto nos primeiros meses de gravidez, considerando o que se pode entender como “preocupações governamentais legítimas”. Isso porque, havendo tal controvérsia (e mesmo ambiguidade), os argumentos sobre os direitos e interesses do embrião ou do feto (“exigências derivadas”) devem ser deslocados para ponderações sobre o valor intrínseco da vida (“exigências singulares”). E, nesse ponto, vale lembrar que tanto nossa legislação como nossa jurisprudência já promoveram restrições importantes ao direito à vida, que nunca se fez absoluto na realidade constitucional inaugurada em 1988. Isso se vê, no plano normativo, nos casos da pena de morte em guerra declarada, da legítima defesa e das próprias exceções legais à criminalização do aborto (art. 198 do Código Penal), todas regras recepcionadas, e no plano jurisprudencial, no caso de gravidez de fetos anencéfalos.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Esse argumento é enfatizado em SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 2, p. 184-201, jul./dez. 2014. p. 196. Pode-se dizer, em interpretação livre, que a análise das dimensões subjetiva e objetiva propostas pelo autor para lidar com o tema, são, de certo modo, identificáveis com o que Dworkin chama, respectivamente, de “exigências derivadas” e “exigências singulares” (SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal

Essas ponderações, que se fazem a partir do texto de Dworkin, somadas aos argumentos acrescentados pelo Ministro Barroso implicam ao menos uma postura: a reflexão e o exercício dialético do contraditório.

Essa reflexão e esse exercício do contraditório não se buscam fazer aqui, visto não ser objeto deste ensaio a descriminalização do aborto. Volta-se este ensaio àquela segunda perspectiva, isso é, aquela que se refere ao que se poderia esperar do Poder Judiciário no exercício de sua competência para controlar a constitucionalidade das leis *in concreto* no caso da descriminalização do aborto. Para esta perspectiva, lança-se mão de um último argumento presente no texto de Dworkin: a questão da integridade do direito.

## **5.2 Os argumentos de Dworkin, o julgamento do HC nº 124.306, e o que se pode esperar do Poder Judiciário (em controle incidental de constitucionalidade) sobre a descriminalização do aborto**

Antes de realizar a análise desde esta segunda perspectiva, impinge suscitar que o texto de Dworkin parece pecar, por vezes, por algumas inconsistências. Assim ocorre, parece-nos, quando ele proclama a integridade do direito (dizendo da necessidade de restrições aos juízes) e, posteriormente, apela para uma noção ambígua de dignidade, a qual é reforçada tão só pelo argumento de que o princípio da autonomia procriativa seria um princípio que gostaríamos em nossa Constituição se estivéssemos livres para nela escrever o que quiséssemos. Nesse ponto, mostra algo que mais parece sua visão sobre o tema. Ao dizer que “nenhum grupo pode ser considerado suficientemente inteligente, espiritualizado ou numeroso para decidir questões essencialmente religiosas em nome de todos” (p. 427), parece não perceber Dworkin que o mesmo argumento pode ser utilizado contra a sua tese. Do mesmo modo, também nos parece inconsistente o seu argumento de que o direito não poderia forçar determinadas convicções, uma vez que, levado a cabo esse argumento, algumas convicções espúrias – como exemplo, uma convicção relacionada à pedofilia ou apologética a ilícitos – haveriam de ser toleradas. Ao bradar contra os limites do Estado nas liberdades individuais, com base no direito à privacidade, Dworkin deveria lembrar que o direito serve, exatamente, para realizar determinadas restrições às liberdades

---

e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 2, p. 184-201, jul./dez. 2014. p. 188-190).

individuais. O problema, portanto, não está na possibilidade de restringir, mas na verificação – muito mais complexa – da legitimidade de seu conteúdo desde a ordem constitucional.

Essas inconsistências, porém, não desmerecem a visão teórica sobre a integridade com a qual Dworkin enfrenta a questão do aborto. Ao contrário: em nosso ver, à parte de concordar ou não com os seus argumentos sobre o aborto, a questão deve ser enfrentada exatamente desde uma noção de integridade e de coerência. E é sobre este ponto que se faz esta segunda perspectiva, buscando entender como os seus argumentos ajudam a compreender a decisão do Supremo Tribunal brasileiro no HC nº 124.306.

Com efeito, uma ideia “não interpretativista” a partir da qual se realizem devaneios progressistas acerca da necessidade de revisar institutos jurídicos e tipos penais porque encrustados no nosso ordenamento jurídico no passado, sem um adequado exame desses institutos desde a ordem constitucional, serve apenas para ludibriar o direito em desfavor de uma de suas mais importantes conquistas: a independência e harmonia entre os poderes.

Por isso, mais forte que todos os argumentos de Dworkin sobre o aborto, é o argumento de Dworkin sobre a integridade do direito, conquistável por um procedimento no qual se busca verticalidade e horizontalidade nas decisões judiciais. Isso significa afirmar que as decisões ganham cogência menos pelo fato da força (natural à “espada” das decisões judiciais) e mais pela consistência argumentativa alcançada quando levam em consideração toda a estrutura do arranjo constitucional. Nessa estrutura, devem-se incluir, é claro, as próprias interpretações lançadas pela Corte sobre ela. Mas não só. Para não se descolar da sua própria história (e, portanto, não ser mais revisionista que as mais legítimas pretensões revisionistas), um Tribunal, notadamente quando detém a palavra última sobre a Constituição, deve ser alimentado também pelo pensamento de toda a comunidade que lhe guia no presente, especialmente a jurídica e, mais especialmente ainda, o pensamento de todos os seus juizes. Quanto mais importante a questão a ser decidida, afinal, mais importante que o Tribunal escute. Aos outros, e inclusive a si mesmo, na dialética de pares que molda – ou deveria moldar – os colegiados. Ao tratar de direitos fundamentais, como ensina Dworkin, a Constituição exige que os juizes construam, coletivamente, o esqueleto das liberdades e igualdades.

A construção da integridade do direito é sustentável naquela noção de que as questões constitucionais de magnitude moral não se resolvem por meras referências semânticas, mas por interpretação, sendo uma das restrições da interpretação exatamente a necessidade de coerência, pensada em suas três dimensões: a) lembrar que a decisão judicial envolve uma questão de princípio;

b) lembrar que a decisão judicial envolve uma consideração sobre a atividade pretérita dos Tribunais e das leis (verticalidade); e c) lembrar que a decisão judicial envolve uma consideração sobre a atividade pretérita dos próprios juízes (horizontalidade). Essas restrições sugeridas no texto de Dworkin promovem uma consequência relevante, que é a de sublimar o arranjo constitucional à “personalidade moral” dos juízes. Afinal, assim como o Estado-Governo não pode, na defesa do propósito legítimo do valor intrínseco à vida, realizar o propósito ilegítimo da coerção, sonogando irrefletidamente o direito à autonomia procriativa, também o Estado-Juiz não pode, na defesa do propósito legítimo da autonomia procriativa, realizar o propósito ilegítimo da coerção, tomando liberdades decisórias sobre o valor intrínseco da vida – inclusive redimensionando decisões pretéritas da Corte e ultrapassando o que dizem textos legais – sem uma profunda reflexão. Uma reflexão que, por sua envergadura, merece o pronunciamento de todos os intérpretes responsáveis pela defesa da Constituição.

Note-se que, no caso analisado, não se pode sequer dizer, ao contrário do que foi propalado, que o STF descriminalizou o aborto. Não se tem aquele “corpo de pensamento que estabelece um guias e restrições aos juízes”. Há uma inconsequência perigosa na decisão: acreditar, o juiz singular, que está autorizado a desautorizar os Códigos, inclusive o Código Penal. Um juiz, sozinho, não é o STF. A Turma não é o STF. O STF é o seu Tribunal Pleno. Ou, ao menos, a maioria formada por este Tribunal Pleno.

Daí porque, analisado o texto de Dworkin sob essa segunda perspectiva, parece-nos que o julgamento do HC nº 124.306 falhou não pelos argumentos apresentados, mas em seu *modus operandi*. O que significa ter falhado na integridade exigida aos precedentes do STF. Refere-se, aqui, ao fato de o tema, da mais importante natureza constitucional, ter sido tratado pelo órgão fracionário, em controle incidental de constitucionalidade. Em assim o fazendo, lançou-se o Tribunal no sentido da menor reflexão possível, e não naquele outro, mais recomendável, do amplo debate.

O procedimento adotado (essa consideração, frise-se, é apenas sobre o procedimento, não adentrando no mérito dos argumentos expendidos) parece-nos ter ferido, assim, a integridade do direito. Mais precisamente, veem-se, em tal procedimento, três problemas fundamentais.

Primeiro, o problema de interferir na estrutura da separação e harmonia entre os poderes. Sabe-se que, da textura aberta de um documento muitas vezes abstrato como é o documento constitucional, muito se pode extrair. Em razão disso, inclusive sob o pressuposto da constitucionalidade das leis, as ponderações realizadas entre princípios constitucionais devem considerar, como elemento balizador, regras que densificam um ou outro princípio. Desfavorecer



uma regra (lembrando que todas as regras são respaldadas em princípios, ao menos no princípio democrático) em favor de um princípio exige uma evidência de inconstitucionalidade que, usualmente, os juízos cognitivos incidentais não podem, sob pena de insegurança jurídica, alcançar, sob pena de ferir aquele esqueleto constitucional. Coloca-se aqui, portanto, o problema apontado por Dworkin sobre o revisionismo constitucional, em que este considera que a Constituição não estabelecerá aquele esqueleto, mas uma lista antiquada de questões, que poderiam ser substituídas por outras bases interpretativas.

Segundo (consequência direta do primeiro), o problema de proporcionar consequências deletérias à ordem jurídica. Se é verdade que o Supremo Tribunal Federal pode, no controle incidental de constitucionalidade, declarar inconstitucionais tipos penais, ou fazer interpretação conforme deles, também será verdade que os juízes singulares podem o fazer. Desse modo, a decisão do Supremo acaba por investir os juízes não em um poder – que já possuem em nossa ordem jurídica –, mas em uma crença de que, ao declarar inconstitucionais tipos penais, estão avivando seus misteres constitucionais. O problema é que, na maior parte das vezes, ao assim o fazer, eles estão, em verdade, apenas gerando mais e maior insegurança jurídica.

Terceiro, e não menos importante, o problema de que, mesmo superando as questões anteriores (pois, a rigor, está tecnicamente dentro das competências do STF o juízo incidental sobre a constitucionalidade das leis), o STF, certo ou errado, decidiu no espaço e na hora errada.

No espaço errado porque a decisão veio da Primeira Turma e, mesmo para o STF, vige a regra do art. 97 da Constituição Federal, que impede a declaração de inconstitucionalidade por órgãos fracionários de Tribunal.<sup>20</sup> Vai-se além, aqui, do princípio da colegialidade. Está-se tratando da própria reserva de plenário.

E no tempo errado porque a decisão, por sua imensa importância, requeria uma dialética anterior que não foi produzida. Lembra-se, aqui, do ensinamento aristotélico, de que uma decisão, para ser prudente, deve ser realizada em seu *kairos*, isso é, no seu tempo oportuno. Mesmo uma deliberação boa, realizada extemporaneamente, pode tornar-se ruim.<sup>21</sup> O problema do “tempo errado” da

<sup>20</sup> Não se desconhece precedente do STF no sentido de que o art. 97 da Constituição Federal não seria aplicado ao próprio Tribunal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *RE n. 361.829-ED*. Relatora Min. Ellen Gracie, 2010). Exprime-se, aqui, nossa discordância de tal interpretação, especialmente considerando o fato de que os juízos do STF sobre a constitucionalidade das leis tendem a pautar – como proteção da confiança – os cidadãos, de modo que a inconstitucionalidade deveria receber, desse órgão, o tratamento mais acurado que cabe ao plenário, sob pena de se gerar mais instabilidade institucional do que aquela que já é ínsita ao modelo híbrido de controle.

<sup>21</sup> Cf. AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso, 2003. p. 169.

decisão foi aquele de se passar de uma lógica já aceita pelo STF na ADPF nº 54 (“modelo das indicações”) para uma lógica deveras diferente (“solução de prazos”) sem ter produzido um ambiente anterior de debates, uma vez que, no controle incidental, a discussão sobre um tema tão relevante não se faz com a mesma complexidade. Foi ferida a integridade do direito, nesse sentido, em razão da ausência de coerência vertical da decisão, uma vez que a nova decisão demandaria ao menos uma reflexão sobre se suas bases interpretativas estariam de acordo com as bases interpretativas fixadas naquela. E, para respeitar a verticalidade, caberia ao Pleno – não à Turma – analisar as bases argumentativas da decisão do Pleno. O STF, ao decidir como decidiu, parece ter preferido calar o debate, fazendo uma interpretação surda aos argumentos da própria Corte e da comunidade. E, portanto, faltando à integridade necessária ao direito.

Nesse contexto, é inevitável acrescentar que a questão da descriminalização sequer foi aventada pela defesa dos pacientes no *habeas corpus*, e que ela foi lançada em um recurso o qual, a rigor, sequer foi conhecido. Se descriminalizar o tipo penal é a opinião de um ministro sobre o tema, parece-nos que ela, no máximo, deveria aparecer em *obiter dictum* da decisão incidental, à semelhança do que fez o Ministro Edson Fachin em seu voto. A decisão sobre a descriminalização, em si, considerando o que recomenda Dworkin ao tratar da integridade do direito, parece que só teria lugar no controle concentrado de constitucionalidade. E, claro, no ambiente mais amplo da função legislativa.

Ao decidir *como* decidiu, o STF passou a impressão, para o cenário jurídico e político como um todo, de que descriminalizou o aborto, o que, a rigor, sequer é uma verdade, pois a Turma não é o Tribunal. E, por não ser uma verdade, revela inclusive certa irresponsabilidade do ponto de vista da política criminal.

## Conclusão

No presente ensaio, propôs-se um exercício não muito usual, de realizar a resenha de um texto para, ao depois, analisar, a partir desse texto, um recente e paradigmático julgamento de nosso Supremo Tribunal Federal. Daí ter se chamado esse exercício de uma resenha *para a crítica*, e não, simplesmente, de “resenha crítica”.

Concluída a análise, se o exercício foi bem-sucedido, demonstrou que o texto resenhado (um também paradigmático texto sobre o aborto, de Ronald Dworkin) permite uma crítica do julgado do STF em duas perspectivas de análise: uma em relação aos seus argumentos quando destinados ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário no controle abstrato de constitucionalidade; e outra aos seus

argumentos quando destinados ao Poder Judiciário no controle incidental de constitucionalidade.

Enquanto a decisão – a partir do texto de Dworkin – pode ser referenciada como um importante documento na primeira perspectiva, ela se mostra passível de uma severa crítica na segunda. Isso porque a decisão, considerados os argumentos daquele texto, interfere na separação de poderes, produz consequências deletérias à ordem jurídica e parece ter sido produzida no espaço e no momento errados. Ao fim e ao cabo, todos esses problemas remontam à notável falta de dialética com que a Corte operou o tema do aborto, um dos temas constitucionais por excelência em todos os Estados Democráticos contemporâneos. Em linguagem dworkiniana, essa falta de dialética pode se chamar, sem perda de sentido, de ausência de integridade do direito.

Ao fazer essa afirmativa, toca-nos, à guisa de conclusão, cotejar duas passagens dos objetos aqui analisados. A primeira do texto resenhado de Dworkin (p. 392): “Nós podemos finalmente, após os 200 anos que nós celebramos neste simpósio, crescer e levar a nossa Constituição a sério, como aquelas várias nações que, na esperança de agora nos imitar, já fizeram”. A segunda, do Ministro Roberto Barroso, na decisão analisada (parágrafo 46):

Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

As passagens, cotejadas, parecem entregar-nos a certo indesejável provincianismo, já demonstrado, aliás, nos argumentos que levaram o STF, também recentemente, a restringir o princípio da presunção da inocência contra a regra constante do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.<sup>22</sup> Sob o argumento de nações evoluídas adotarem procedimentos diferentes dos nossos, o nosso STF tem entendido constitucionais ou inconstitucionais nossas leis, ao que parece, sob os óculos de Constituições alheias. E tem adotado uma visão mais ampla de integridade, na qual as decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras balizam os julgados da nossa. Contudo, a integridade, tanto em sua verticalidade como em sua horizontalidade, deve ser avaliada de dentro para fora, e não de fora para

<sup>22</sup> A decisão foi tomada, primeiramente, em sede de *habeas corpus*, porém em julgamento levado ao Tribunal Pleno (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *HC n. 126.292/SP*. Relator Min. Teori Zavascki, 2016). Em um segundo momento, viu-se referendada em liminar das ações declaratórias de constitucionalidade nºs 43 e 44.

dentro. Tampouco a evolução de uma nação, acreditamos, passará a ocorrer a partir do momento em que solucionarmos nossos problemas jurídicos com as soluções dadas pelos outros. A evolução de uma nação, tal como a da vida, requer identidade e personalidade.

Como Dworkin julgaria o aborto no Brasil? Como acontece muitas vezes – utilizando aquela divisão de enfoques entre seus estudos teóricos e práticos –, o Dworkin da teoria nem sempre converge com o da solução de problemas. No exercício da aplicação, muitas vezes parece faltar a Dworkin seu Hércules, de modo que, como ele julgaria o aborto é uma verdadeira incógnita. Sua argumentação prática nos leva a crer que o “Ministro do STF” Dworkin não permitiria que o Estado penalizasse o aborto ocorrido nos primeiros meses de gestação. Sua argumentação teórica nos leva a crer que o “Ministro do STF” Dworkin submeteria seus argumentos ao plenário. Num e noutro caso, julgando desde o direito brasileiro.

E nossos juízes, o que devem fazer? Seguramente, o caminho passa pela integridade, inclusive para deixar o vezo de pensar nossas questões a partir de histórias constitucionais alheias. Isso não depõe contra o uso da comparação. Ao contrário: para uma comparação adequada, deve nos interessar menos como Dworkin, se fosse ministro do STF, julgaria o aborto, e mais o que sua teoria da integridade nos ensina sobre restrições e limites dos juízes, especialmente quando detém o mister de dizer a última palavra ao decidir sobre questões constitucionais, esclarecidas as diferenças entre nossos países.

A preocupação não há de ser, enfim, apenas com a questão do aborto, com o direito à autonomia procriativa ou com outras que remetam a problemas de interpretação sobre direitos não enumerados. A preocupação é com o modelo de interpretação constitucional que passa a se esperar da Suprema Corte a partir do momento em que dela não sabemos mais o que esperar.

---

**If Dworkin were a Justice at Brazilian Supreme Court of Justice, how would he judge abortion? An old debate about unenumerated rights and how can it help us**

**Abstract:** The present essay begins as a review of an paper by Ronald Dworkin in which, after presenting a theoretical basis for the interpretation of unenumerated rights, performed from his notion of “law as integrity”, he sustains the correction of US Supreme Court decision on *Roe v. Wade*, understanding that the right to procreative autonomy prevents the prohibition of abortion by the states in the first three months of pregnancy. After, beyond the review purpose, this essay presents the decision of the Brazilian Supreme Court (referring to *Habeas Corpus* n. 124.306) in which the abortion in the first three months of pregnancy was decriminalized. Hereafter, the essay proposes an analysis of this decision based on Dworkin’s text in two perspectives. In relation to the first, it is concluded that Dworkin’s text and the decision of the Brazilian Supreme Court are important argumentative references in favor of the decriminalization to be possibly carried out via Legislative Power or in the judicial review made

*in abstracto*. In relation to the second, a criticism is made of the procedure adopted by the Court, for having taken the decision through an *in concreto* judicial review, thus violating the dialectic (and with it, the integrity of law) required for a decision of this magnitude.

**Keywords:** Dworkin. Unenumerated rights. Abortion. Decriminalization. *Habeas Corpus* n. 124.306.

**Summary:** Introduction – **1** The presentation of unenumerated rights problem in Dworkin's text – **2** The presentation of abortion problem in Dworkin's text – **3** The solutions of abortion problem in Dworkin's text – **4** The Brazilian Supreme Court decision in the *Habeas Corpus* n. 124.306: Explanatory memorandum and statement of reasons for the decision – **5** From Dworkin's text to the analysis and criticism of Brazilian Court decision – Conclusion – References

---

## Referências

AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *RE* n. 361.829-ED. Relatora Min. Ellen Gracie, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* n. 124.306/RJ. Relator Min. Marco Aurélio, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *HC* n. 126.292/SP. Relator Min. Teori Zavascki, 2016.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Knopf, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992.

POSNER, Richard. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 433-450, Winter, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 2, p. 184-201, jul./dez. 2014.

TRIBE, Laurence. *Abortion: the clash of absolutes*. New York: Norton, 1990.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HAEBERLIN, Mártin. Se Dworkin fosse ministro do STF, como ele julgaria a descriminalização do aborto? Um antigo debate sobre direitos não enumerados e como ele pode nos ajudar. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 273-302, jul./dez. 2017.

---

Recebido em: 29.03.2017

Pareceres: 16.05.2017 e 21.08.2017

Aprovado em: 17.10.2017