

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

CAIO BONAT QUIRINO DE OLIVEIRA

**A QUESTÃO DO ABORTO NAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DOS EUA:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS SOB A ÓTICA DE DOMÍNIO DA VIDA, DE
RONALD DWORKIN**

**RIO DE JANEIRO
2023**

CAIO BONAT QUIRINO DE OLIVEIRA

**A QUESTÃO DO ABORTO NAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DOS EUA:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS SOB A ÓTICA DE DOMÍNIO DA VIDA, DE
RONALD DWORKIN**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr.^a Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva.**

**RIO DE JANEIRO
2023**

CIP - Catalogação na Publicação

O48q Oliveira, Caio Bonat Quirino de
 A questão do aborto nas cortes supremas do
 Brasil e dos EUA: Fundamentos jurídicos sob a ótica
 de "Domínio da Vida", de Ronald Dworkin / Caio Bonat
 Quirino de Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2023.
 103 f.

 Orientadora: Carolina Rolim Machado Cyrillo da
 Silva.

 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

 1. Aborto. 2. Ronald Dworkin. 3. Constituição. 4.
 Universidade Federal do Rio de Janeiro. I. Silva,
 Carolina Rolim Machado Cyrillo da, orient. II.
 Título.

CAIO BONAT QUIRINO DE OLIVEIRA

**A QUESTÃO DO ABORTO NAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DOS EUA:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS SOB A ÓTICA DE DOMÍNIO DA VIDA, DE
RONALD DWORKIN**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr.^a Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva.**

Data da Aprovação: 28 / 11 / 2023.

Banca Examinadora:

Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva

Daniel Capecchi Nunes

Michael Guedes da Rocha

**RIO DE JANEIRO
2023**

DEDICATÓRIA

À minha querida e amada avó, Ana Maria, que muito me ensinou sobre respeito, sonhos e, principalmente, o amor. Espero que, onde a senhora estiver, se orgulhe da minha trajetória assim como eu me orgulho da sua.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Andrea e Alexandre, que sempre foram e serão meus maiores exemplos de amor, dedicação e companheirismo. Além disso, minhas principais cobaias durante a elaboração deste trabalho. Amo vocês com a minha vida.

Ao meu irmão Marcio, que, apesar da casca grossa, é a pessoa mais emotiva e carinhosa que já conheci e muito me motivou ao longo deste trabalho. Também te amo com a minha vida, chato.

Aos meus grandes amigos: Caio, Fernando, Gabriel, Guilherme, Lucas, Rafaela, Uudson e Vitor Gabriel. Vocês são minha válvula de escape, a família que tive a honra de poder escolher.

Agradeço ainda à minha tia, Daniele, que, além de todo o amor e cuidado, me ajudou imensamente a iniciar minha trilha profissional no Direito.

Ademais, gostaria de agradecer àquelas pessoas que tive o prazer de conhecer, trabalhar, estudar e comemorar as conquistas juntos, em especial a Livia e Anna Caroline. Apesar de não citar nominalmente todos os outros neste breve espaço, vocês também foram essenciais para me trazer até aqui e minha gratidão é eterna.

Por fim, dedico meu agradecimento também à minha Orientadora, Prof.^a Carolina Cyrillo, pela inspiração e suporte ao longo desta difícil jornada.

RESUMO

Propõe-se, por meio deste estudo, compreender o marco teórico inaugurado por Ronald Dworkin em seu livro intitulado “Domínio da Vida”, no qual o autor se dedicou a apresentar uma reflexão acerca do aborto em meio a uma sociedade americana dividida após a decisão da Suprema Corte em *Roe v. Wade*. Além de apresentar uma explicação sobre as razões pela qual a interrupção voluntária da gravidez se trata de tema de tamanha controvérsia e dedicar sua obra a identificar as formas pelas quais os juízes da corte constitucional norte-americana interpretam a Constituição, busca estabelecer um cenário em que uma solução que respeite a dignidade de todos possa ser alcançada. Feita a observação dos ideais de Dworkin, foram apresentadas e dissecadas as principais decisões acerca do tema na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal, que, apesar de pertencer a ordenamento jurídico muito distinto, muito se influencia nas perspectivas do autor. Dessa forma, buscou-se, ao final, que as decisões pudessem ser visualizadas sob a ótica das categorias e reflexões de “Domínio da Vida”.

Palavras-chave: Dworkin; Aborto; Constituição; Liberdade; Dignidade; Crenças.

ABSTRACT

The purpose of this study is to understand the theoretical framework inaugurated by Ronald Dworkin in his book entitled "Life's Domain", in which the author sought to present a reflection on abortion in the midst of an American society divided after the Supreme Court's decision in Roe v. Wade. In addition to providing an explanation of the reasons why voluntary termination of pregnancy is such a controversial issue and dedicating his work to identifying the ways in which the judges of the US constitutional court interpret the Constitution, he seeks to establish a scenario in which a solution that respects the dignity of all can be achieved. After observing Dworkin's ideals, the main decisions on the subject in the Supreme Court of the United States and the Brazilian Federal Supreme Court were presented and dissected, the latter which, despite belonging to a very different legal system, is greatly influenced by the author's perspectives. In the end, the aim was for the decisions to be viewed from the perspective of the categories and reflections of "Life's Domain".

Keywords: Dworkin; Abortion; Constitution; Freedom; Dignity; Beliefs.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
CC	CÓDIGO CIVIL
CP	CÓDIGO PENAL
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
CRFB	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
EUA	ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
HC	HABEAS CORPUS
SCOTUS	SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS)
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TJRJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. DOMÍNIO DA VIDA.....	15
2.1. Tipos de objeção.....	16
2.2. Valor intrínseco da vida humana.....	21
2.3. Constituição norte-americana e o aborto.....	26
2.3.1. Distinções e familiaridades entre os ordenamentos americano e brasileiro.....	26
2.3.2. “O drama constitucional”.....	28
2.4. Proteção e liberdade.....	33
3. DECISÕES DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS.....	37
3.1. Roe v. Wade - 1973.....	38
3.1.1. Contexto e ação na origem.....	38
3.1.2. Posição majoritária.....	40
3.1.3. Posição dissidente.....	43
3.2. Planned Parenthood v. Casey - 1992.....	45
3.2.1. Contexto e ação na origem.....	45
3.2.2. Posição majoritária.....	46
3.2.3. Posição dissidente.....	51
3.3. Dobbs v. Jackson Women's Health Org. - 2022.....	52
3.3.1. Contexto e ação na origem.....	52
3.3.2. Posição majoritária.....	53
3.3.3. Posição dissidente.....	60
3.4. Decisões norte-americanas na perspectiva do marco teórico de Dworkin.....	62
4. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	66
4.1. HC 84.025 - 2004.....	67
4.1.1. Contexto e ação na origem.....	67
4.1.2. Voto do relator.....	68
4.2. ADI 3.510 - 2008.....	71
4.2.1. Contexto.....	71
4.2.2. Posição majoritária.....	71
4.2.3. Posição dissidente.....	74
4.3. ADPF 54 - 2012.....	75
4.3.1. Contexto.....	75
4.3.2. Posição majoritária.....	76
4.3.3. Posição dissidente.....	83
4.4. HC 124.306 - 2016.....	85
4.4.1. Contexto e ação na origem.....	85
4.4.2. Posição majoritária.....	86
4.5. ADI 5.581 - 2020.....	91
4.6. ADPF 442 - Pendente.....	93

4.7. Decisões brasileiras na perspectiva do marco teórico de Dworkin.....	96
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS.....	101

1. INTRODUÇÃO

O aborto é definido pelo dicionário on-line Michaelis¹ como a “interrupção prematura, natural ou artificial, do processo de gestação causando a expulsão do feto antes que este possa sobreviver fora do útero” (ABORTO, 2023). Trata-se de termo médico familiar à sociedade e que, ocasionalmente, surge em matérias jornalísticas, geralmente associado a notícias devastadoras sobre pessoas que precisam/precisaram passar pelo procedimento, por motivos diversos. É nítido que, apesar da familiaridade, em contraste, é tema que gera controvérsia e pode ser considerado um tabu, o que é verificável a partir de diversos fatores.

Antes, vale apontar que na data de produção desta obra, a prática de aborto é criminalizada pelo Código Penal Brasileiro de 1940, conforme artigo 124², sob pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. O Código ressalva a punibilidade da prática nos casos em que a gestação representa perigo de vida à gestante ou se é resultado de estupro. Ainda, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou a possibilidade de interrupção também nos casos do feto anencefálico – julgamento que será esmiuçado em capítulo vindouro.

Para além da seara jurídica, a polarização acerca dessa é fenômeno estatisticamente cognoscível. A título de exemplo, a partir de pesquisa realizada pela Exame³ em parceria com o instituto Ideia, que entrevistou 1.000 (mil) pessoas de todo o Brasil entre 16 e 24 anos entre os dias 4 e 13 de abril de 2022, a porcentagem de pessoas que é a favor ou contra a proposta hipotética de que o aborto seja descriminalizado varia nas diferentes categorias propostas.

O primeiro, e talvez mais previsível, fator é o de gênero, a partir do qual 42% das mulheres entrevistadas apontaram ser desfavoráveis à descriminalização, enquanto, para homens, esse número sobe para 55%. Pela questão da renda, a pesquisa demonstrou que 57% dos entrevistados com renda de até 1 salário-mínimo desaprovam a medida, enquanto o número daqueles com mais de 6 salários-mínimos é de 43%. A partir da análise das religiões,

¹ ABORTO. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/aborto/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

² CP/40, art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

³ RIVEIRA, Carolina. Descriminalização do aborto tem apoio de maioria das mulheres da geração Z. Exame, São Paulo, 19 de abr. de 2022. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aborto-mulheres-jovens-pesquisa/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

por último, ficou demonstrado que são contra 57% dos evangélicos, 48% dos católicos e 43% daqueles que afirmaram não seguir quaisquer crenças religiosas.

A pesquisa citada pode ser alvo de claras ressalvas: o baixo número de participantes, pequena amplitude de idade entre os entrevistados, pequeno número de categorias – especialmente não se estendendo a religiões de matriz africana, a outros gêneros ou orientações político-sociais. Contudo, ao citar a pesquisa da Exame/Ideia, não há a pretensão de definir um número certo que represente de forma incontestável a divisão social sobre o tema. Afinal, o objeto desta obra não é realizar uma análise estatística do tema. Tais fatores, como os apontados anteriormente, não coexistem de forma estanque, já que a interseccionalidade é fato que impera nas relações sociais de qualquer indivíduo. Assim, nem mesmo uma valoração facultativa inteiramente exata é de fato possível de ser feita.

A análise estatística apontada é capaz de demonstrar, isso sim, que a definição de determinado fato como crime vai muito além de mera constatação jurídica ou de um dever-ser do legislador de 1940. O fato de a interrupção prematura da gravidez ser um fato punível com detenção ultrapassa a esfera do direito e chega em questões que contam a história de vida de uma pessoa, de um grupo e de uma sociedade.

Nessa linha analisa Dworkin a sociedade norte-americana em seu livro *Domínio da Vida*⁴, de 1993, ano em que se completava duas décadas da decisão final da Suprema Corte dos EUA no caso *Roe v. Wade*, um dos mais emblemáticos da história do país e, sem dúvida, o mais importante na matéria de aborto no ocidente.

Para o autor, no país há um “paradoxo característico” (Dworkin, 2019, p. 5) na relação entre a política e a religião. Apesar de, como no Brasil e na maioria dos países democráticos ao redor do globo, questões políticas e jurídicas serem pautadas com base na secularidade, os EUA é um dos países mais religiosos e fundamentalistas no mundo. Em contrapartida, é também sede dos mais fortes e influentes grupos feministas. Para além disso, foi a partir de *Roe v. Wade* – que em breve será analisado em detalhes – que a criminalização do aborto, ou melhor, qualquer legislação, federal ou estadual, tendente a criar dificuldades indevidas a realização de aborto até os 3 meses de gestação foi integralmente vedada de ser promulgada.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

As complexidades apontadas indicam um imenso murmurinho social, sem dúvidas, mas Dworkin indica que o debate pode ser afunilado em termos mais simples, ou melhor, mais categóricos.

Na obra, o norte-americano indica que o debate social acerca do aborto não deve ser encarado de forma pessimista, isto é, como algo de impossível resolução ou pacificação. Para ele, tal visão existe pois os autores, em consonância à sociedade, levam a discussão para denominadores que não levam a lugar algum, a não ser maior polarização, quais sejam a de se o feto é uma pessoa, uma criança, com direitos e interesses próprios já desde a concepção.

Em contraste, a compreensão e o debate público deveriam se pautar em uma questão diferente, onde se “pretende saber se o aborto é às vezes moralmente errado não por ser condenável ou injusto com alguém, mas pelo fato de negar e profanar a santidade ou inviolabilidade da vida humana” (Dworkin, 2019, p. 32). Ao longo da obra, o autor indica situações e reflexões que apontam para o fato de que a questão do aborto como conhecemos, seja no cotidiano, na política ou no judiciário, se direcionam, ao fim e ao cabo, para a questão da moralidade.

Indica não somente pesquisas estatísticas ou análises históricas, mas esmiúça as próprias decisões da Suprema Corte norte-americana sobre o tema, de forma a demonstrar que a moral influencia não somente na argumentação dos *Justices* – o equivalente aos Ministros do STF no Brasil –, mas na própria hermenêutica exposta em relação à Constituição nacional.

São essas vias, finalmente, que aproximam a obra de Dworkin acerca do aborto nos EUA, e as próprias decisões supracitadas da Suprema Corte, da realidade jurídica do ordenamento brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, nas oportunidades em que se discutia, mesmo que não diretamente, a problemática do aborto, expressamente citou a obra *Domínio da Vida* como fundamento ou como base teórica para explanação da temática.

Para além da mera citação, é possível depreender das decisões os fundamentos e posições explanadas por Dworkin para analisar o paradigma norte-americano. Os ministros debatem os direitos fundamentais em jogo na interrupção provocada da gravidez, apontando se são ou não garantidos aos fetos; assim como debatem acerca da laicidade do Brasil e a

forma que, por consequência, deveria tratar da temática. Até mesmo questionam a questão do valor intrínseco da vida e se tal análise é válida para analisar a questão.

Em suma, é possível observar, desde já, que a temática do aborto perpassa questões jurídicas e em muito se informa pela moral pessoal dos julgadores. Apesar disso, as cortes constitucionais têm papel fundamental em Estados Democráticos de Direito, como os EUA e o Brasil, sendo competentes em ambos os sistemas para resolver conflitos e, no fim, julgar a partir do direito positivado e seus princípios.

A presente obra pretende adentrar nos conceitos propostos por Ronald Dworkin na obra “Domínio da Vida” e nos fundamentos jurídicos apresentados pelas cortes supremas dos EUA e do Brasil – respectivamente, Supreme Court of the United States e Supremo Tribunal Federal – nos casos sobre o aborto para que, ao fim, seja possível observar o caminho argumentativo traçado pela jurisprudência de ambos os países de forma categórica e ordenada.

2. DOMÍNIO DA VIDA

A obra *Domínio da Vida* (Life’s Dominion, originalmente), de Ronald Dworkin, foi publicada em 1993, ano posterior ao caso *Planned Parenthood v. Casey*, o qual representou, até aquele momento, a maior reafirmação do entendimento formado pela Suprema Corte acerca do aborto como um direito fundamental garantido pela Constituição norte-americana, em 1973 no caso *Roe v. Wade*. O cenário não era, contudo, de certezas.

A decisão em *Casey* (a qual será posteriormente explorada), por um lado, reforçou a base teórica da corte para a sustentação do direito ao aborto – com nova forma de medir os limites da atuação dos estados-membros na regulação da matéria e razões para a manutenção da decisão de 1973. Por outro, deixou à mostra algumas possíveis fragilidades ainda presentes e passíveis de serem exploradas por críticos e pelos ministros da corte que pretendiam superar a jurisprudência firmada.

Como apontado por Dworkin, até mesmo na campanha presidencial de 1992 o tema foi pautado, quando Clinton afirmou que não nomearia ao Tribunal quem buscasse superar a decisão em *Roe*. Nesse cenário, o autor constata que “enquanto a questão de o aborto continuar a dividir os Estados Unidos [...], o destino e um outro presidente podem, um dia, conseguir o quinto voto que transformaria a famosa decisão em nada mais que história”

(Dworkin, 2019, p. 9). De fato, é o que ocorreu em 2022, com a decisão em *Dobbs v. Jackson Women's Health*.

Em tais circunstâncias, o autor norte-americano publicou a obra em voga com o objetivo de trazer ideias e reflexões que auxiliassem os leitores e a sociedade a chegar em um denominador comum, uma solução digna e que respeitasse a individualidade e crença de cada “facção”.

Neste capítulo, busco explorar como o autor pode contribuir, como pretendia, para entendermos de onde surge a controvérsia sobre o aborto, como a sociedade e os tribunais baseiam suas visões e para onde é possível chegar visando um bem comum.

2.1. Tipos de objeção

No princípio de qualquer análise acerca do aborto na sociedade, Dworkin advoga no sentido que um erro comum, seja de forma proposital ou por mera irreflexão, e que merece ser afastado *a priori* é aquele de que o ponto focal do debate é a definição de se um feto é ou não considerada uma pessoa “constitucional”, alguém que merece receber uma tutela e proteção estatal assim como qualquer outra pessoa já nascida.

Se assim for, um feto merece a proteção integral garantida pela Décima Quarta Emenda⁵ da Constituição dos EUA, a qual dispõe que, em tradução livre, nenhuma pessoa pode ser privada de seu direito à vida sem o devido processo legal.

No direito brasileiro, a Constituição Federal expressa no art. 5^o que a todos é garantida a inviolabilidade da vida e, em complemento, o Código Civil enuncia no art. 1^o⁷ que toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil. Assim, considerando-se um feto uma pessoa, não restariam dúvidas de que deveria ser protegido.

⁵ Constituição dos Estados Unidos, 14^a Emenda, Seção 1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁶ CRFB/88, art. 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

⁷ CC/02, art. 1^o. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Em seguida, no art. 2^o do CC/02, o legislador expressou que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, ressalvando os direitos do nascituro. A partir disso, surge um elemento que, por si só, gera certa discussão. O Brasil, a partir da disposição, adota de forma expressa a teoria natalista, de forma que se considera com personalidade civil aquele nascituro que nasce com vida e, assim, realiza respiração extrauterina, mesmo que por breve fração de segundos.

Nessa linha, o próprio legislador brasileiro teria diferenciado uma pessoa de um feto? Seja como for, teria ele adotado uma classificação correta de quando surge a personalidade, com seus direitos e deveres inerentes? O presente trabalho não pretende responder tais perguntas, nem mesmo Dworkin.

Para o autor, as perguntas seriam úteis para uma oposição ao aborto que se baseia na pressuposição de que o feto é um ser humano e, assim, possui direitos e interesses. O aborto, nessa medida, assim como o homicídio, seria um meio reprovável de encerrar uma vida precocemente, pois aflige o direito inviolável à vida. Tal oposição é batizada de derivativa, visto que deriva de direitos e atribui ao governo, portanto, uma responsabilidade derivativa de proteger o feto.

Em contrapartida, continua o autor, não é possível extrair utilidade alguma a partir do denominador apontado além da impossibilidade de promoção de um consenso pacífico e aceitável entre os diversos grupos sociais. A inutilidade resta no fato de que nem mesmo as pessoas que dizem acreditar em tal oposição o fazem na realidade.

É fato apurável na prática, na visão do norte-americano, que mesmo aqueles que se consideram mais conservadores quanto a sua prática, seja por crenças religiosas ou outro fator influente nas convicções de uma pessoa, admitem que a lei crie ao menos uma exceção para que o aborto seja permitido. Em geral, há aceitação de que seja realizada quando o feto representa um risco iminente à vida da gestante, por exemplo. Mas outras surgem no debate popular, como um feto proveniente de uma violência sexual, a constatação de que o feto será portador de alguma deficiência considerada grave, e além.

⁸ CC/02, art. 2^o. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nessa linha, à medida que mais exceções são feitas, mais a tese de que as pessoas defendem a vida do feto, por esse ser um sujeito de direitos, é afastada. Há uma contradição clara ao afirmar que existe uma garantia de direito à vida que suprime a possibilidade da interrupção de uma gravidez que pode levar a consequências sociais, econômicas e emocionais terríveis à mãe, mas que deixe de existir na hipótese de feto resultante de estupro, quando este é inocente de qualquer vontade ou intenção de ali ser concebido. Nessa linha, expressa Dworkin o que segue:

Como observaram alguns estudiosos do direito, em geral a lei não exige que as pessoas se sacrifiquem para salvar a vida de outrem. Normalmente, ninguém tem o dever jurídico de salvar um estranho que esteja se afogando, mesmo que ao fazê-lo não corra nenhum risco nem tenha de fazer grandes esforços. Em geral, porém, o aborto implica a agressão física a um feto, e não apenas a recusa em ajudá-lo, e, de qualquer modo, os pais são sempre considerados uma exceção à doutrina geral, pois têm o dever jurídico de cuidar de seus filhos. Se o feto é uma pessoa a partir do momento de sua concepção, o estado não teria nenhuma justificção para permitir o aborto em termos gerais e proibir que, em circunstâncias fatais, os bebês fossem mortos ou abandonados (Dworkin, 2019, p. 153)

Mesmo fora da seara social, a diferença entre a punibilidade do aborto e do homicídio, ambos considerados delitos contra a vida, é demasiada aparente. Nos EUA, antes e depois de *Roe*, não há registro de manifestações políticas ou jurídicas acerca da inconstitucionalidade de leis estaduais que permitiam o aborto. Além disso, mesmo as que proibiam não conjugavam penas na mesma medida que o homicídio ou buscavam impedir sua realização em estado ou país terceiro.

No Brasil isso não é diferente. O delito de homicídio, previsto no art. 121⁹ do Código Penal, pode levar à pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Por outro lado, o aborto, previsto como delito no art. 124 do mesmo código, tem pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos. Até o dia de elaboração desta obra, não há qualquer registro de ações constitucionais visando declarar a inconstitucionalidade do artigo ou de suas exceções previstas no art. 128 e incisos.

Além disso, mesmo as excludentes de ilicitude do homicídio são mais restritas e estão previstas em artigos voltados a regras gerais. O homicídio é relevado quando praticado em legítima defesa, mas a lei¹⁰ é clara ao apontar que deve se tratar de reação proporcional e em

⁹ CP/40, art. 121. Matar alguém.

¹⁰ CP/40, art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

resposta à injusta agressão. Poder-se-ia, ainda, então aplicar o estado de necessidade¹¹, quando ocorre fato que leva à necessidade do sacrifício de um bem jurídico por outro equivalente ou de menor valor, por circunstância não provocada. São, na prática, situações mais específicas e complexas de serem preenchidas.

De outro lado, no aborto, há previsão expressa no supracitado art. 128¹² de que é permitido sua realização em dois casos: se não há outro meio de salvar a vida da gestante e; se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Alguns podem questionar como, apesar do direito definir tais diferenças, seria a questão a partir do interesse do feto, desde sua concepção, de nascer e levar uma vida à frente. Tal argumento, que o autor resume como “é de grande importância para meus interesses que eu esteja vivo agora, e que eu não tenha sido morto em algum momento no passado” (Dworkin, 2019, p. 24), não é cabível do ponto de vista lógico.

Não há dúvidas, Dworkin explica, de que existe lógica quando um adulto afirma, em retrospecto, que seria contra seus interesses não ter tido a chance de nascer. Por outro lado, duas objeções são cabíveis contra isso: e se um adulto, capaz de expressar suas ideias e vontades de forma plena, afirmar que não gostaria de ter nascido? Pode-se arguir que seria um desrespeito à sua vontade o fato de ter vindo a existir. Ademais, e da pergunta anterior também se segue, como medir o interesse de alguém que ainda não veio a existir? Se a Terra, o autor continua, tivesse sido destruída junto com os dinossauros milhões de anos atrás, não seria possível dizer que seria contra os interesses dos humanos, pois nós nem mesmo viríamos a existir!

A medição do interesse de um feto, na hipótese da interrupção da gravidez, na verdade é feita pelas pessoas, a partir de sua moral e valoração individual. Daí não se segue, porém, de que os interesses são, de fato, dele.

¹¹ CP/40, art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

¹² CP/40, art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A partir do exposto, é forçoso defender que a objeção ao aborto é produto da propriedade do feto de direitos e interesses próprios desde sua concepção, isto é, produto de uma objeção derivativa. Por outro lado, Dworkin aponta para um caminho que parece simples, mas que necessita de extensa explanação: a objeção ao aborto tem caráter independente.

Com “caráter independente”, o autor pretende dizer que a pessoa é contrária ao aborto não pelo feto ser sujeito de direito, mas pelo simples fato de existir. A vida, na concepção geral daqueles que se opõe à interrupção da gravidez, mesmo de um nascituro, seria sagrada e por isso não poderia ser violada.

Mas afinal, o que seria uma vida sagrada? De onde surge uma definição de algo que é tão subjetivo? Para Dworkin, a resposta está na moral de cada pessoa, seja daqueles que militam a favor ou contra um aborto hipotético ou a gestante que, de fato, pode passar pelo procedimento:

Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte (Dworkin, 2019, p. 84).

Antes de adentrar no próximo subcapítulo, vale apontar um detalhe que, desde logo, vale ser observado. A seguir, há momentos em que a expressão “crenças” será utilizada, mas essa não necessariamente irá remeter-se a crenças tradicionalmente religiosas especificamente. Uma crença, no sentido amplo da palavra, remete ao rol de convicções gerais e instintivas acerca de determinado tema ou, no presente caso, sobre o motivo e o modo pela qual qualquer vida humana tem um valor sagrado, ou melhor, intrínseco.

E mesmo que em se tratando de uma crença religiosa *per si*, Dworkin aponta que são religiosas mesmo aquelas não relacionadas a uma divindade superior, mas aquelas que se aproximam de uma fé religiosa em conteúdo. Se há uma defesa da vida a partir de um valor transcendental, sendo “impessoal e objetivamente valiosa” (Dworkin, 2019, p. 218), caracteriza-se como crença religiosa, mesmo por quem não acredita em um deus.

Nesse sentido, por fim, diferenciam-se das convicções de equidade e justiça, as quais devem visar a harmonia e o encontro de uma solução comum e aceitável para todos. Não são necessariamente antagônicas, mas sem dúvidas precisam ser separadas, como em breve será defendido.

2.2. Valor intrínseco da vida humana

Para explicar como a sociedade encontra um valor intrínseco na vida humana, é necessário primeiro delinear o que a diferencia de outras questões das nossas vidas. Às vezes, a forma como a valorizamos se assemelha em como admiramos uma obra de arte de Picasso, em outras como quando nos deparamos com queimadas que levam ao perecimento de diversos animais silvestres no Pantanal.

Dworkin, com uma abordagem mais categórica, inicialmente divide um valor como incremental ou como inviolável. O primeiro é observável no dia a dia, geralmente vinculado a bens de consumo como roupas, acessórios, aparelhos eletrônicos e, claro, dinheiro. Esses, de forma isolada, pouco nos interessam. Perder a quantia de 2 reais é irrelevante para a maior parte das pessoas, mas se falarmos de 1000 reais, a situação já muda bastante. O segundo, em contraste, é valioso por si só, independentemente da quantidade. Mesmo não sendo um religioso, é inegável que a destruição completa do Cristo Redentor causaria, ao menos, um espanto em determinado indivíduo. A existência de mais uma como o original, por outro lado, não aumentaria seu prestígio.

A vida humana se encaixa na segunda categoria, é claro. A perda de uma vida humana é lamentada, fora exceções de caráter interno de cada pessoa, de forma generalizada. Não é necessário o falecimento de mais de uma pessoa para afirmarmos que se trata de uma tragédia. Apesar de ser possível alegar que tragédia maior ainda seria perder um conjunto de pessoas, não se extrai disso que cada vida não possui um valor individual imenso.

Dos exemplos supracitados se extraem ainda outra categoria de importância da vida: instrumental, subjetiva e intrínseca. A importância instrumental é aquela relacionada à utilidade ou como ela melhora e facilita a vida das pessoas, como quando lamentamos o falecimento de um ilustre cientista. A subjetiva é aquela que parte da valoração da própria pessoa, como quando alguém avalia a própria vida como valiosa ou como uma dor profunda. Se fosse esse o caso da vida humana, a interrupção da gravidez seria menos polêmica, visto

que o feto, no sentido lógico que foi anteriormente apresentado, não pode expressar uma avaliação da própria vida. Por último, a importância intrínseca da vida se dá por sua simples constatação e existência, independente do que ela pode representar para um indivíduo.

Apesar de abstrato, o filósofo afirma que é perceptível na realidade, em especial pelos exemplos a seguir. A santidade da vida humana se diferencia de certos símbolos que consideramos sagrados. O Cristo Redentor, citado anteriormente, por exemplo, é admirado seja pela sua importância para a religião cristã, seja por ser um grande cartão-postal da cidade do Rio de Janeiro – a esse processo, Dworkin chama de associação ou designação. O falecimento de um indivíduo, por outro lado, é sentido a partir de uma valorização de sua história, isto é, “a perda de vida é comumente maior e mais trágica devido ao que já aconteceu no passado” (Dworkin, 2019, p. 121).

Com tal afirmação, pretendeu-se apontar que, sem perceber, quando nos deparamos com a perda de outra vida, aplicamos uma régua moral do quanto ela significava, ou melhor, do quanto foi perdido. A perda, friso, não por uma utilidade ou pelo valor que a pessoa sentia de si mesma, mas de um investimento, seja ele divino e/ou natural – a depender da crença pessoal em como e porque surge a vida – e pessoal. Essa “régua moral” é chamada pelo norte-americano de métrica do desrespeito (ao investimento).

A métrica é, afirma o autor, num primeiro momento, ponto consensual mesmo entre aqueles que possuem uma concepção diferente acerca do aborto. Isso porque seria unânime que esse é sempre um acontecimento sensível e problemático e que também o nível desses fatores depende da ocasião em concreto. Dworkin, para explicar tal dinâmica, exemplifica a partir de cenários que, infelizmente, nos são familiares:

Não se trata aqui da questão moral sobre a qual costumam escrever os filósofos da moral ou os chamados deontólogos médicos – a questão de saber que direitos à vida têm diferentes tipos de pessoas, ou de quão relativa é a perversidade de negar-lhes os recursos que poderiam salvar suas vidas ou de matá-las. Podemos acreditar que é pior - que existe uma perda de vida maior – a morte de um jovem que a de um velho, ou a de uma pessoa emocionalmente saudável que a de um suicida, ou a de um homem com filhos pequenos que a de um homem solteiro, sem com isso sugerir que seria menos perverso matar um velho do que um jovem, uma pessoa deprimida do que uma pessoa feliz, um homem solteiro do que um pai de família (Dworkin, 2019, p. 118).

Visando explicar a razão dessa diferenciação duas respostas são sugeridas. A primeira, e mais simples, seria uma previsão de quanto mais poderia ter durado uma vida, de forma que, quanto mais cedo a morte prematura ocorrer, mais grave é a perda.

Apesar de intuitivamente parecer correta, o autor aponta para inconsistências que desmontam sua utilidade. Se assim fosse medida nossa objeção, um aborto nos primeiros meses de gestação seria menos grave que nos últimos, pois o feto teria mais meses para se desenvolver. Além disso, dá à vida um valor incremental que não é cabível: a perda de uma vida não é sentida pela simples soma de vidas existentes ou possíveis, até porque, se assim fosse, mesmo o contraceptivo representaria uma agressão.

Dessa forma, insiste, a resposta está, como anteriormente apontado, no passado, no investimento empregado. A vida de um adolescente prodígio e cheio de sonhos é fortemente sentida pela comunidade onde vive não por quanto anos ainda viveria, mas por quanto ele e sua família investiram, no sentido natural e humano, em sua história. Nesse sentido, a frustração é diretamente proporcional ao quanto houve de investimento e inversamente proporcional ao quanto ele foi concretizado. Dworkin bem resume ao dizer:

[...] não ocorre frustração da vida quando nascem menos e não mais seres humanos, pois não há investimento criativo em vidas que nunca existiram. Contudo, uma vez iniciada uma vida humana, ter-se-á também deflagrado um processo, e interrompê-lo equivale a frustrar uma aventura que já se pôs em marcha (Dworkin, 2019, p. 123).

Tal ideia, acredita o norte-americano, melhor reflete um conceito que é comum a ambos os conservadores e aos liberais na matéria do aborto. Ambos os lados admitem que a interrupção no fim da gestação é moralmente mais questionável, justamente pelos meses de investimento humano e natural (ou divino) que ali foi empregado. O desenvolvimento fetal, como explica a ciência, é indiscutivelmente mais elevado após meses no útero do que no período de concepção, e daí se extrai a frustração, mesmo para aquele que apoia a medida, da interrupção de uma gravidez.

O que é incomum, em contraste, é o rol de circunstâncias que são suficientemente legítimas para que o investimento empregado na vida do feto seja considerado como frustrado. Na visão do filósofo, a frustração de uma vida pode se dar em razão tanto da morte prematura quanto por modalidades menos extremas, mas igualmente relevantes, como não poder levar uma vida nos moldes da dignidade da pessoa humana em razão de pobreza

extrema e por portar uma deficiência física ou intelectual comprometedora. A primeira sempre é pior que a segunda? A tendência da crença conservadora é acreditar que sim, sendo a morte uma opção pior que qualquer outro malogro que a pessoa possa ter em vida, enquanto a posição mais liberal tende a enxergar que os malogros da vida, que reduzam a dignidade da vida, tanto do feto quanto de sua mãe, podem ser ainda piores que o perecimento antecipado.

Os motivos para isso são difíceis de delinear com exatidão, constata Dworkin, mas o autor afirma ser perceptível que são por razões profundas ligadas a crenças, conscientes e inconscientes, acerca da valorização de um investimento divino, natural ou humano. Certa pessoa tende a ver na morte um fim de algo sagrado, proveniente de um ou mais entes superiores, outra como um desperdício de algo proveniente da natureza e todo seu processo biológico e, por fim, uma última, como o descarte de investimentos humanos, sejam eles emocionais e criativos, que moldaram aquela vida até o fim.

Nenhuma das categorias é estanque, sem dúvidas. Do mais conservador ao mais liberal, são previstas exceções e especificidades de um caso concreto que podem ou tendem a desmoronar crenças rígidas. Até por isso, ao fim e ao cabo, ambos os lados concordam que “à medida que prossegue esse investimento natural [...], o aborto, que põe a perder esse investimento, torna-se progressivamente um fato a ser evitado ou lamentado” (Dworkin, 2019, p. 130).

Quanto aos conservadores, o norte-americano aponta duas exceções como as mais comuns. A primeira se refere ao aborto que leva um risco à vida da mãe, o qual seria justificado com base naquilo que a mãe já investiu durante sua vida, o que representaria, em igualdade de valor de cada vida, um menor sacrifício do sagrado. A segunda, referente ao feto resultante do estupro, seria plausível a partir do momento em que a violência sexual no corpo feminino representa uma violação à obra de Deus e um ultraje que, ao lado da perda do feto, é ainda mais gravoso.

Já em relação aos liberais, descreve que as exceções geralmente têm uma dimensão voltada à qualidade de vida do feto e da mãe. Efeitos deletérios, seja no âmbito da saúde, de planejamento ou financeiro, podem ser mais gravosos e frustrantes ao investimento empregado do que a sua própria interrupção prematura. Pior do que falecer seria obrigar o feto à constância de uma vida rotineiramente envolta de deformações físicas dolorosas, ou ter

problemas financeiros que impossibilitem obter uma habitação ou alimentação básica, ou ainda delegar a uma mãe solteira e adolescente a dispor de seu estudo, carreira e outras ambições pessoais. A preocupação aqui é “mais com as vidas que as pessoas levam agora, vidas reais, do que com a possibilidade de outras vidas ainda por vir” (Dworkin, 2019, p. 138).

Em relação aos problemas referentes à deficiência, Dworkin faz uma importante pontuação, que inclusive é arguida como ponto de oposição ao aborto na jurisprudência brasileira:

Às vezes, esse juízo liberal é erroneamente interpretado como implicando um desprezo pelas vidas de crianças ou adultos deficientes, ou mesmo como uma sugestão, associada à odiosa eugenia nazista [...]. Trata-se de um erro duplo. Em primeiro lugar, [...] a questão geral da relativa tragédia inerente a diferentes fatos é muito diferente de qualquer questão sobre os direitos das pessoas que estão vivas agora, ou sobre o modo como devem ser tratadas. A primeira é uma questão sobre a bondade ou a maldade intrínseca dos fatos, e a segunda remete aos direitos e à equidade. Em segundo lugar, a opinião liberal sobre o aborto de fetos deformados não implica, em absoluto, que seria melhor que até mesmo as pessoas seriamente incapacitadas morressem. Ao contrário, a própria preocupação implícita no juízo liberal – o respeito pela contribuição humana à vida, e a preocupação de que esta não venha a frustrar-se – em geral reforça exatamente a posição contrária. [...] Esse juízo, porém, não diminui a preocupação com os deficientes; ao contrário, tem raízes no mesmo respeito fundamental pelo investimento humano na vida, no mesmo horror diante da possibilidade de desperdício de tal investimento (Dworkin, 2019, p. 136).

A distinção apontada logo acima, assim como qualquer generalização, não pode ser aplicada a todos os casos e circunstâncias de forma não refletida. Qualquer divergência em uma temática dessa natureza, tão delicada e profunda no subconsciente daqueles que com ela se deparam, é factível, mesmo dentro do grupo daqueles que se consideram concordantes, liberais ou conservadores. Esses dois grupos, inclusive, muito refletem uma dualidade comumente utilizada nos EUA, mas que não reflete com exatidão aquela que observamos na realidade brasileira.

A ressalva não afasta, contudo, a força de toda a investigação acerca da objeção do aborto por uma nova perspectiva, seja no país de origem do autor, seja no Brasil. O que pretende Dworkin e este trabalho é, como o primeiro pontuou, desenvolver uma nova ótica no debate a respeito do aborto. Uma que perceba a natureza subjetiva que nos guia, assim como guia os intérpretes do direito, em assuntos dessa delicadeza, de forma que possamos, como

sociedade e, ao fim, no judiciário, nos acostumarmos com a ideia “de que a comunidade real é possível a despeito de tantas e tão profundas divisões religiosas” (Dworkin, 2019, p. 139) e, assim, estimular novas formas de proteger a vida, sem necessariamente restringir a autonomia de alguém, em especial da mulher.

Sobre a questão religiosa, esta será aprofundada no último subcapítulo do presente.

2.3. Constituição norte-americana e o aborto

As questões morais apresentadas anteriormente permeiam o imaginário social, de forma a embasar as mais variadas decisões que um indivíduo pode tomar, tanto na esfera pessoal quanto na política. Assim, uma pessoa pode tanto expressar sua opinião acerca do aborto dentro de uma rede de amigos quanto apoiar certo candidato ao Congresso Nacional que represente sua agenda.

Diverge disso, porém, como atuam intérpretes do direito, em especial aqueles que compõem as cortes supremas de países fundados no Estado Democrático de Direito. De forma alguma são neutros e alheios a aspectos morais, como defendiam as escolas mais clássicas da ciência jurídica, mas, a partir de constituições que delineiam a formação de um Estado, ficam adstritos a sempre fundamentar seus votos em respeito às regras e princípios fundamentais promulgados pelos constituintes originários.

Tal limitação, ou melhor, meio de proteção contra a arbitrariedade, não afasta, contudo, a grande controvérsia acerca do aborto. Seria ele um direito fundamental garantido pelo constituinte originário? De que forma essa análise será feita é essencial para responder essa pergunta. Dworkin passa, assim, a analisar como a Constituição Norte-Americana de 1789 pode ser interpretada, não apenas para tratar do aborto, mas para uma análise do sistema de garantia de direitos fundamentais da sociedade moderna estadunidense.

2.3.1. Distinções e familiaridades entre os ordenamentos americano e brasileiro

Cabe aqui, previamente aos apontamentos de Dworkin, delinear, de forma resumida, os paralelos que podem ser traçados entre as constituições dos EUA e a do Brasil, tendo em vista a possibilidade de aproximação entre as observações que o autor faz sobre o ordenamento de lá e o daqui.

A Constituição dos EUA, de 1789, inaugurou um ordenamento historicamente influenciado pela agregação de colônias anteriormente independentes, que visavam, apesar da transição da confederação para uma federação, ainda possuir certo grau de autonomia em sua organização. Dessa forma, é compreensível a promulgação de uma norma fundamental com caráter abstrato e sintético, isto é, contendo poucos artigos – apenas sete –, todos com uma estruturação com uso de termos indeterminados e subjetivos. Mesmo o *Bill of Rights* (traduzida como Declaração de Direitos e Garantias), ratificado em 1791, primeiro rol de emendas à Carta Magna americana visando apresentar os direitos fundamentais garantidos a todos do novo país, apresenta uma estrutura linguística aberta a interpretações variadas.

Trata de garantir, por meio dessa estrutura, o que a doutrina majoritária brasileira chama de direitos de primeira geração. Conforme indica Gilmar Mendes¹³, traduzem “postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo” (Mendes, 2020, p. 178). Dessa forma, cabe ao governo central garantir um rol básico de direitos, considerados fundamentais, e às entidades regionais aprofundá-los a partir de suas especificidades.

A Constituição brasileira de 1988, em contraste, representa um momento de transição entre o regime militar e a retomada da democracia após mais de 20 anos. A sua base, refletindo a história da Proclamação da República, dá grande concentração de poder ao ente central, conservando ainda certa autonomia aos entes federativos, os quais devem atuar nos limites daquilo previsto no rol de competência da Constituição Federal. Além disso, pode ser considerada uma constituição analítica, de maior extensão, e com a presença de normas de natureza direta, que expressam claramente uma ordem dos autores, e normas abstratas, que prescrevem princípios ou molduras na atuação do Estado. Nota-se a diferença, por exemplo, entre os artigos 5º e o 18¹⁴ da Carta Magna.

Por essa vertente, a Constituição Cidadã pretende garantir aos nacionais não apenas uma abstenção do estado, mas um rol de direitos que devem ser garantidos por meio de uma atuação direta dos governantes. Acentua, assim, além da primeira geração, direitos de segunda geração, que visam “estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 15. ed.. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020.

¹⁴ CRFB/88, art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

corretiva dos Poderes Públicos”, e de terceira geração, onde os direitos passam a ter “titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos” (Mendes, 2020, p. 179).

Apesar das divergências aparentes, o que merece preponderar neste trabalho, em busca de uma compreensão do paradigma do aborto no Brasil, é a familiaridade principal entre ambos os sistemas.

Conforme os apontamentos feitos, é perceptível a presença, em ambas as normas fundamentais, de normas de conteúdo subjetivo e que expressam ideias abstratas acerca de um tema. No que tange o presente trabalho, a redação constante, por exemplo, no art. 5º da CRFB/88 da garantia aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida e liberdade muito se assemelha àquela da Décima Quarta Emenda americana, algo que denota que aqueles que elaboraram tais normas buscavam garantir a dignidade da pessoa humana por meio de uma norma com a capacidade de se perpetuar ao longo do tempo conjuntamente às mudanças sociais. Assim o fizeram, defende Dworkin, não por descuido, mas na intenção de angariar dentro dessas palavras aquilo que melhor as representava.

Cabe, em ambos os sistemas, em decorrência da divisão tripartite dos poderes e de comandos passíveis de tantas conclusões distintas, às cortes constitucionais o papel de intérprete do direito, de mantenedor da ordem jurídica e social a partir de suas decisões que ultrapassam a esfera legal e influenciam toda uma sociedade.

Não por outro motivo, Dworkin dedicou parte de sua obra para entender como tais intérpretes são decisivos para incluir – ou não – no rol dos cidadãos os direitos a ele prometidos, assim como será feito na presente.

2.3.2. “O drama constitucional”

Para compreender o debate acerca do aborto como uma garantia prevista pelos autores da Declaração de Direitos e Garantias, inserida no texto constitucional norte-americano como emenda, Dworkin propõe que a interpretação de tal norma pode ser feita de duas óticas de Constituição: de princípios ou de detalhes.

Por meio da primeira, o texto da norma buscou a previsão de critérios principiológicos e morais com amplitude interpretativa. Nessa linha, fica a cargo dos governantes e dos juízes sua interpretação em busca da compreensão dos textos para que sejam aplicados ao caso concreto. Por um lado, representa uma “estimulante, uma inspiradora visão da comunidade política” (Dworkin, 2019, p. 167), e, por outro, cria uma árdua tarefa de aplicação no campo político, especialmente nos casos difíceis.

A abertura do método, defende Dworkin, não é necessariamente negativa. O histórico de indicações de ministros da Suprema Corte aponta que mesmo aqueles que se auto identificavam como conservadores votaram favoravelmente a pautas liberais e vice-versa, o que demonstra, na verdade, a força intelectual da ótica de princípios. Para ele, isso se deve também ao fato de os termos cruciais das cláusulas constitucionais não serem extraídos de uma linguagem jurídica ou de campos das ciências sociais, mas diretamente de uma moral política corrente.

Com base na segunda, a ótica de detalhes, o papel do intérprete é de exprimir exatamente aquilo que os estadistas gostariam, suas expectativas no momento da redação da norma, algo que se aproxima da comumente chamada interpretação teleológica, mas de forma estrita e literal.

Na realidade, durante toda a história das decisões da corte constitucional dos EUA, a interpretação da Constituição como de princípios é a que prevalece. Foi por meio dela, exemplifica o autor, que a segregação racial nas escolas públicas foi declarada inconstitucional, assim como serviços de natureza religiosa nesses espaços em homenagem à laicidade estatal, e outros diversos. Constata-se, nessas hipóteses, o valioso caráter contramajoritário das cortes supremas.

Na visão de Dworkin, não há qualquer risco antidemocrático na interpretação de princípios. Essa acompanha a tradição americana há séculos e tem sido importante para garantir uma das condições essenciais da democracia, que é a de tratar os cidadãos de forma igualitária e fundada na liberdade e dignidade da pessoa humana. Além disso, é a forma de implementar restrições genuínas aos juízes, visto que deixa claro – diferentemente da concepção de detalhes – que os juízes têm o papel de usar argumentos íntegros e

princípios tendentes a ser alvo da opinião pública e avaliados no meio jurídico, não como uma resposta certa e estanque de um escrito antigo.

Apesar disso, tal ótica encontra resistência de parte dos populares. Em razão dos juízes não serem eleitos democraticamente, mas serem indicados pelo Chefe do Poder Executivo, acreditam alguns que dar tanto poder a eles – o de julgar que direitos são ou não previstos no texto constitucional – é um risco à democracia e, assim, deveriam ficar restritos a expressar aquilo que entendiam os estadistas, por exemplo, como liberdade na época em que elaboraram a Carta Magna. Tal movimento, o qual chama de revisionismo, vem ganhando força nas últimas décadas e, para o norte-americano, isso “não remonta aos argumentos jurídicos apresentados por seus proponentes [...], mas sim à insatisfação pública com muitas das decisões que o Supremo Tribunal tomou com base na concepção abstrata” (Dworkin, 2019, p. 171).

No método revisionista, o entendimento que prepondera é que a Declaração de Direitos não expressa o que parece abstratamente, mas que são “mensagens decodificadas, ou como afirmações cifradas de acordos históricos muito concretos e detalhados” (Dworkin, 2019, p. 179). Assim, o foco do estudo das cláusulas constitucionais deve buscar a compreensão de que acordos históricos são esses, do que realmente ficou acordado em 1789 e nos anos de promulgação das emendas.

Para essa tarefa, primeiro realizam a divisão entre os direitos enumerados e os não enumerados. Ao definir esses, defendem que as cláusulas devem ser interpretadas dentro dos “quatro limites” da Constituição, utilizando-se da compreensão linguística literal dos textos e daquilo que chamam de “raízes” no desenho da Constituição e da sociedade americana. A distinção que propõe faz sentido se observada rapidamente, mas não respeita o histórico de decisões da corte, mesmo em casos considerados menos liberais, e nem mesmo conversa com termos que, como anteriormente apontado, se baseiam na moral política e não em ciências sociais ou linguísticas exatas.

Nesse sentido, Dworkin exemplifica a decisão que retirou do termo “liberdade de expressão” o direito de queimar bandeiras ou de “igual proteção” a inconstitucionalidade de exclusão de mulheres de certos cargos. Por que essas seriam diferentes do direito ao aborto, retirado da cláusula de processo legal justo e o direito à privacidade que dela provém? Os

revisonistas tentam apontar a questão das raízes, mas dessa não se extrai significado menos abstrato que aqueles já apontados.

Ademais, além dos direitos enumerados ou não, pretendem também afirmar que protegem o “originalismo”, isto é, o significado que os políticos que, no princípio, contribuíram para a redação das normas constitucionais pretendiam, suas intenções. A partir desse conceito, perguntam historicamente se, por exemplo, os autores da Declaração de Direitos pretendiam que a cláusula de liberdade de expressão protegesse o direito de queimar bandeiras. Se a resposta for positiva, é direito. Se negativa, não é. Simples assim.

A tese do originalismo, assim como a anterior, se depara com desafios em sua aplicação. Dworkin aponta, primeiramente, para a dificuldade de se determinar, com exatidão, quais foram os autores da Constituição. Serão considerados apenas aqueles que a assinaram? Ou todos aqueles que se reuniram para discuti-la? O parente de algum autor que tenha opinado também deve ter sua visão levada em conta? Não se sabe, pois o termo “autor” é utilizado abstratamente.

Outrossim, o que são intenções? O autor inicialmente delinea uma importante distinção “entre o que as pessoas querem dizer e aquilo que pretendem [...] que venha a ser o resultado do que disserem” (Dworkin, 2019, p. 187). Nesse sentido, uma pessoa que pede um lanche saudável e, no momento da fala, dá uma piscadela, pode estar se referindo a pelo menos dois sentidos: que realmente seja entregue um lanche saudável ou que “saudável” seja ironia e o desejo real seja um lanche gorduroso. Quando a Oitava Emenda¹⁵, o autor exemplifica, dispõe que são inconstitucionais “punições cruéis e incomuns”, ele se refere às punições que à época eram cruéis ou também as novas, como a perda de uma conta em uma rede social? Não é possível saber com exatidão. E isso, continua o autor, é uma escolha pensada:

Só podemos pressupor que os autores da Constituição queriam dizer o que realmente disseram.

Além do mais, dispomos de indícios muito mais fortes que comprovam esse pressuposto. O mais forte de todos é que os autores optaram por usar uma linguagem abstrata (Dworkin, 2019, p. 190).

¹⁵ Constituição dos Estados Unidos, 8ª Emenda: Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Na impossibilidade de saber qual intenção entre as possíveis é a mais adequada, o que resta seria optar, visando a maior probabilidade de acerto, por aquela mais geral, não a mais restrita.

Por fim, uma última fragilidade a ser apontada quanto à busca das intenções é que, ainda que seja encontrada uma intenção clara e concreta, essa pode ser afirmada em diferentes níveis de abstração. Dworkin cita a decisão em *Brown*, em 1954, que sustentou que a Décima Quarta Emenda proíbe os estados de praticar segregação racial nas escolas públicas a partir da cláusula de igual proteção. Ora, a segregação racial nos EUA era instituição implementada na promulgação da Décima Quarta Emenda nas mais variadas camadas e aplicações sociais – escolas, transporte, empregos – e continuou a ser, de forma legal, até a decisão da Suprema Corte. Compreender que tal modalidade de segregação já era pensada como injusta pelos autores originais é o que os originalistas denominam de “intenção concreta”.

Nesse sentido, o ex-ministro Robert Bork, por exemplo, defensor do originalismo, defendia que a decisão em *Brown* era correta. Apesar disso, não conseguiu admitir que a igual proteção se aplicava também às mulheres e aos homossexuais. Nesse caso, Dworkin resume que “deve assim pensar porque, embora esteja pessoalmente convencido que a segregação racial é um exemplo de discriminação injustificada, não acredita que as leis discriminam as mulheres ou os homossexuais sejam tão gravemente injustas” (Dworkin, 2019, p. 199).

Após exposição de tantas inconsistências, o norte-americano aponta que o problema inicialmente indicado – de que a constituição de princípios garante muito poder aos intérpretes do direito – é intensificado por meio do originalismo e por restrições tão mecânicas e semânticas. Devem elas serem substituídas por restrições genuínas, quais sejam as de boas argumentações com base, como historicamente são, nos princípios. A divergência que daí surgir entre juristas honestos e intelectuais, defende, é natural e saudável para qualquer regime democrático e atua para que as decisões sejam ricas em integridade. Dworkin, assim, finaliza apontando os sentidos dessa “integridade”:

Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] Em segundo lugar, [...] a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma

horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.

[...]

O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história (Dworkin, 2019, p. 204).

No próximo subcapítulo, irei adentrar na questão fundamental de Domínio da Vida.

2.4. Proteção e liberdade

No cerne das decisões da Suprema Corte dos EUA sobre o aborto, Dworkin posiciona duas questões que, superado o debate de se um feto é uma pessoa do ponto de vista da Constituição, são essenciais para sua compreensão. A primeira é se cabe aos estados a tarefa de proteger a vida, um bem intrínseco essencial, e a outra saber se a autonomia procriadora basilar para os direitos da concepção é algo inserido nas cláusulas constitucionais.

O filósofo, a partir disso, inicialmente pondera acerca da proteção dos bens intrínsecos. Salvo ressalvas que remetem a um juízo pessoal, não gera qualquer debate social a conclusão de que cabe ao governo a proteção daquilo que é considerado importante e essencial à comunidade, o que pode ocorrer por diversos meios. Por exemplo, ele disserta, faz parte do trato social convencional o recolhimento de tributos direcionados à manutenção de uma praça pública ou um museu nacional, e ainda a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança no trânsito.

Como apontado anteriormente, porém, não é assim tratada a questão do aborto. Nas decisões da Suprema Corte, seja nos votos majoritários ou dissidentes, ficou consignado que o governo tem a tarefa de proteger a vida humana, um bem de vida intrínseco. Apesar disso, a divergência social e jurídica mora em concepções, não necessariamente sempre antagônicas, entre aqueles que dão primazia à liberdade pessoal e aqueles que acreditam no dever do estado de manter um “espaço moral público” (Dworkin, 2019, p. 209). Por meio delas, a proteção da vida pode ter dois sentidos, ou melhor, dois meios adequados, quais sejam a responsabilidade e a coerção.

Por meio da responsabilidade, cabe ao Estado¹⁶ admitir que o tema é algo contestável e, assim, promover meios para que uma pessoa tome uma decisão informada e pondere que meios são adequados ou não à sua realidade e convicções. Na opinião de Dworkin, é plenamente permitido pela Constituição dos EUA que os estados se voltem para a promoção de responsabilidade, desde que não assim se disfarçam para criar meios de impor uma decisão definitiva. O objetivo final, por meio da responsabilidade, é permitir que uma decisão definitiva seja tomada não de forma isolada socialmente, mas por meio de uma “[...] ‘estrutura razoável para que a mulher tome essa decisão de significado tão profundo e duradouro’” (Dworkin, 2019, p. 213).

Por meio da coerção ou conformidade, em contraste, poderia o Estado promover a proteção da vida com o estabelecimento de regras e práticas que, para uma maioria, melhor protegem a inviolabilidade da vida humana e, dessa forma, o aborto seja praticado apenas no rol de hipóteses em que é considerado permissível. O método é, para o autor, mais problemático, pois apesar de a coerção ser aplicada em variados momentos sociais – como no recolhimento de impostos supracitados –, no aborto ela é direcionada à mulher, não em um grupo indeterminado, e esbarra em tema sensível e profundo de cada pessoa.

Os fatores apontados levam a temática da interrupção prematura da gravidez ao patamar de direito resguardado pela privacidade, aceita pela Suprema Corte americana como garantidora de direitos em contextos bem diferentes, mas em uma concepção única de “autonomia procriadora”, que surgiu em casos que tratavam de reprodução e contracepção. Dworkin assim sumariza a privacidade:

Os norte-americanos têm o direito constitucional de que o governo não infrinja certas liberdades pessoais quando atua de modo a garantir um valor intrínseco. Um estado não pode restringir a liberdade a fim de proteger tal valor quando o efeito sobre um grupo de cidadãos for especialmente grave, quando a comunidade estiver seriamente dividida a respeito do que o respeito por esse valor exige e quando as opiniões das pessoas sobre a natureza desse valor refletirem convicções essencialmente religiosas que são fundamentais para a personalidade moral (Dworkin, 2019, p. 220).

A autonomia procriadora é, portanto, um princípio que garante às mulheres que tomem suas próprias decisões acerca não somente de conceber ou não uma criança, mas também de terminar sua gestação.

¹⁶ O “Estado”, iniciado por letra maiúscula, se refere à instituição soberana, como um sinônimo de governo, como o Estado brasileiro. O “estado”, com letra inicial minúscula, se refere a um componente da divisão territorial, como o estado do Rio de Janeiro.

Para aqueles que ainda não se convenceram acerca da autonomia procriadora ou, ainda mais na base, do papel da privacidade, Dworkin propõe a reflexão acerca de uma sociedade que determine, em maioria, que as gestantes estão impedidas de prosseguir com a gravidez em caso de bebês com deformações graves, pois isso seria muito custoso para a vida da mãe. É provável que quase a unanimidade das pessoas concorde que seria essa uma determinação terrível, justamente pois impede que a gestante tome uma escolha acerca de como quer levar sua vida e do que acredita como uma vida digna e completa.

A exigência de um estado que vai contra a vontade de uma mulher grávida é gravosa pois impede a sua dignidade e disso se extrai que “[o] fato de tal escolha ser aprovada por uma maioria não configura uma justificação melhor em um caso nem no outro” (Dworkin, 2019, p. 223).

Ademais, a responsabilidade apresenta-se como mais adequada pois não se limita a respeitar a autonomia procriadora, que, segundo Dworkin, decorre de qualquer interpretação adequada da cláusula do *due process of law* – a Décima Quarta Emenda. Acrescenta que o método respeita ainda a Primeira Emenda¹⁷ da constituição americana, a qual, em tradução livre, inibe o governo de instituir religiões oficiais e garante a todos a liberdade de profissão da própria religião.

Na interpretação da emenda, a Corte pode se deparar com casos em que se analisa até que ponto o governo secular pode criar proteções a interesses comuns sem restringir algo que é exigido da crença religiosa, como o sacrifício de animais – que inclusive já foi tema de discussão no STF –, ou com casos em que se esmiúça uma questão essencialmente religiosa, exatamente como o aborto, e a possibilidade de o Estado atuar ou não. Conforme explica o norte-americano, uma legislação no segundo sentido tende a desrespeitar a Primeira Emenda tanto ao inibir a liberdade de uma convicção religiosa quanto, mesmo indiretamente, instituir uma convicção oficial.

¹⁷ Constituição dos Estados Unidos, 1ª Emenda: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Apesar da oposição originalista no sentido de que uma religião, no sentido em que previu o legislador original previu, se refere a crença em um deus, a Suprema Corte historicamente afasta tal restrição e analisa esse aspecto por um critério mais relacionado ao conteúdo, em especial quando se relaciona a questões tão profundas quanto o valor da vida e liberdade – consideradas essencialmente religiosas. Além de não se analisar a presença de um deus, fica afastado o critério de importância subjetiva, pois é amplo demais e poderia até mesmo incluir crenças pessoais fortes, que mesmo os religiosos podem sobrepor ao resto.

Nesses termos, fica nítido que um estado que proíbe a interrupção da gravidez a faz a partir de uma concepção particular de valor da vida e, assim, restringe a liberdade religiosa de uma gestante em detrimento da maioria – algo diretamente vedado pela Primeira Emenda.

A autonomia procriadora, garantida, conforme exposto, a partir da privacidade e da liberdade religiosa, se origina também, completa Dworkin, de uma herança cultural que atravessa as leis norte-americanas e influencia a democracia ocidental moderna que se baseia na “dignidade humana individual” (Dworkin, 2019, p. 233), por meio da qual fica garantido às pessoas a possibilidade de tomar decisões pessoais fundamentais acerca da própria vida, inclusive o que ela significa em si, baseadas em convicções religiosas próprias. Assim, Dworkin faz um apelo:

A tolerância é o preço que temos de pagar por nossa aventura de liberdade. Por nosso amor pela liberdade e pela dignidade, estamos comprometidos a viver em comunidades nas quais não se considera que nenhum grupo é inteligente, religioso ou numeroso o bastante para decidir questões essencialmente religiosas que dizem respeito a todos os demais. Se tivermos uma preocupação verdadeira com as vidas que os outros levam, admitiremos também que nenhuma vida é boa quando vivida contra as próprias convicções e que em nada estaremos ajudando a vida de outra pessoa, mas apenas estragando-a, se a forcarmos a aceitar valores que não pode aceitar, mas aos quais só se submete por medo ou prudência (Dworkin, 2019, p. 235).

Ao fim e ao cabo, fica evidente que a vida humana tem um valor intrínseco para cada um de nós, valor esse que dificilmente é possível de explicar em termos claros e rígidos que possam suprir todas as hipóteses que venham a surgir em casos difíceis. A primazia da dignidade, por meio da ação social e estatal que faça prevalecer a responsabilidade sobre a coerção, inaugura um sistema jurídico que incentiva cada cidadão a tomar decisões individuais difíceis de forma crítica e informada, sem retirar ou diminuir a sua concepção sobre a santidade da vida.

Qualquer Constituição ou interpretação desta que não proteja ou garanta a dignidade e a consciência inaugura, afirma Dworkin, um regime “totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes”, pois, assim conclui, em um Estado Democrático de Direito como os EUA e o Brasil, “uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora” (Dworkin, 2019, p. 342 e 343).

3. DECISÕES DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

No presente capítulo, serão analisadas três das principais decisões já proferidas pela *Supreme Court of the United States*, SCOTUS, acerca da existência ou não do direito da mulher de interromper prematuramente sua gravidez no ordenamento jurídico norte-americano. O foco será maior nas posições majoritárias, em especial pelo contraste existente entre a primeira e a mais recente decisão da corte constitucional, mas as posições dissidentes também serão explanadas.

A escolha de apenas três dentre diversas outras que poderiam ser analisadas se deu, basicamente, por uma questão de importância histórica e jurídica de cada uma das selecionadas. Nos mais de 50 anos entre a primeira decisão que concedeu ao aborto o *status* constitucional de direito fundamental e aquela que a reverteu, houve casos que, apesar de tratarem do assunto, pouco interferiram na solidez da jurisprudência formada, servindo mais, por vezes, como um exemplo adicional de como seria a sua aplicação prática.

Nesse sentido, cabe apontar que *Roe v. Wade*, 1973, merece ser analisada por razões óbvias. Foi a que inaugurou aquilo que nesta obra é posto em voga, qual seja a juridicidade e a garantia do aborto como direito fundamental do cidadão norte-americano. Representou uma das mais importantes decisões tomadas pela Suprema Corte desde sua fundação e, até sua reversão, foi objeto de debates sociais e doutrinários e influenciou até mesmo as indicações a um posto no tribunal pelos presidentes eleitos, como apontado na Introdução.

Ademais, em *Planned Parenthood v. Casey*, 1992, os juízes se depararam com um caso que os levou a reconsiderar os critérios apontados em *Roe* para limitar o poder dos estados e, para alguns, representou uma pequena reforma no entendimento da corte até aquele momento. Para Dworkin, vale dizer, a decisão “lidou, basicamente, com questões não resolvidas” (Dworkin, p. 213), algo que será mais bem explicado no subcapítulo referente ao caso.

Ao final, o capítulo abordará a mais recente decisão do Tribunal, proferida em 2022 no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health*, na qual, após 49 anos, o aborto deixou de ser considerado um direito fundamental presente no texto constitucional norte-americano e passou a poder ser limitado de forma livre pelos estados-membros, conforme temia Dworkin em sua obra.

Por fim, mister apontar uma questão. Os procedimentos jurídicos norte-americanos são muitas vezes distintos dos brasileiros em diversos aspectos. Muitos dos recursos, tipos de declaração judicial ou órgãos que compõem a justiça se parecem com aqueles existentes no Brasil, mas isso não significa que são, de fato, iguais. Assim, algumas adaptações e omissões são necessárias para que haja coerência ou uma melhor continuidade do raciocínio, mas nada que prejudicará a correção das informações e o foco do trabalho: analisar a fundamentação dos casos em voga.

3.1. Roe v. Wade - 1973

3.1.1. Contexto e ação na origem

Jane Roe, pseudônimo emprestado à autora da ação, era, em 1970, uma mulher solteira e grávida que pretendia interromper sua gravidez conforme instruções e procedimentos médicos adequados. Contudo, conforme as leis vigentes à época no local onde era residente – Dallas, Texas –, não o poderia fazer enquanto a continuidade da gestação não representasse um risco à sua vida. Além disso, nem mesmo poderia viajar para outro estado para realizar a operação, por falta de recursos financeiros.

Naquele período, os artigos 1.191 a 1.194 e 1.196¹⁸ do Código Penal do Estado do Texas, em apertada síntese, previam a prisão de 2 a 5 anos para aquele que auxiliava na

¹⁸ Código Penal do Estado do Texas, art. 1191. If any person shall designedly administer to a pregnant woman or knowingly procure to be administered with her consent any drug or medicine, or shall use towards her any violence or means whatever externally or internally applied, and thereby procure an abortion, he shall be confined in the penitentiary not less than two nor more than five years; if it be done without her consent, the punishment shall be doubled. By 'abortion' is meant that the life of the fetus or embryo shall be destroyed in the woman's womb or that a premature birth thereof be caused; art. 1192. Whoever furnishes the means for procuring an abortion knowing the purpose intended is guilty as an accomplice; art. 1193. If the means used shall fail to produce an abortion, the offender is nevertheless guilty of an attempt to produce abortion, provided it be shown that such means were calculated to produce that result, and shall be fined not less than one hundred nor more than one thousand dollars; art. 1194. If the death of the mother is occasioned by an abortion so produced or by an attempt to effect the same it is murder; Art. 1196. Nothing in this chapter applies to an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother.

prática do aborto e para a gestante que assim consentiu, salvo quando o procedimento fosse realizado, após aconselhamento médico, visando o salvamento da vida da mãe.

Diante disso, ajuizou ação na Corte Federal em face do *District Attorney*¹⁹ Henry Wade, alegando a inconstitucionalidade da lei citada em razão da sua amplitude e vagueza, os quais atingiam o seu direito à privacidade garantido pelas Primeira, Quarta²⁰, Quinta²¹, Nona²² e Décima Quarta emendas da Constituição norte-americana. Requereu, ao fim, declaração de que os estatutos criminais de aborto do Texas eram inconstitucionais e uma liminar impedindo o réu de aplicar os estatutos.

Vale apontar, apenas para fins de informação, que a ação foi acompanhada pela petição conjunta de John e Mary Doe, também pseudônimos, além de posteriormente ter havido a intervenção do médico James Hubert Hallford. Os primeiros alegavam que, apesar de não estarem à espera de um bebê, temiam que o procedimento fosse necessário em um futuro próximo e o segundo que já havia sido preso em razão de administrar o procedimento. Assim, ambos buscavam a declaração de inconstitucionalidade das leis. Porém, quando o caso foi à Suprema Corte, ambos foram considerados ilegítimos ativos, então sua participação não foi aprofundada.

Na origem, a Corte Distrital do Texas afirmou que o direito da mulher de interromper sua gravidez é considerado fundamental a partir da Quarta e Nona Emenda e, assim, julgou nulos os artigos que criminalizavam o aborto em razão de sua amplitude e vagueza injustificada. Apesar dos estados possuírem interesse legítimo em proteger a vida da mãe e de uma potencial vida, a defesa do Texas teria falhado em seu ônus de demonstrar que sua

¹⁹ Apesar das especificidades, o cargo de *District Attorney* equivale ao que conhecemos no Brasil como Procurador Estadual ou Promotor de Justiça.

²⁰ Constituição dos Estados Unidos, 4ª Emenda: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

²¹ Constituição dos Estados Unidos, 5ª Emenda: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

²² Constituição dos Estados Unidos, 9ª Emenda: The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

medida era necessária e proporcional em face daquilo que garante a Nona Emenda. Ao final, negou a liminar que impediria a aplicação da lei por Texas.

De tal decisão, Roe apelou sobre a parte da decisão que negou a liminar e Henry Wade apelou contra a declaração de nulidade do Código Penal do Texas.

3.1.2. Posição majoritária

Antes mesmo de adentrar na contextualização do caso, o Juiz Blackmun, que apresentou o voto da corte, relata que a ação busca analisar um caso concreto às vistas da Constituição sem a interferência de emoções ou opiniões pessoais sobre a matéria, em especial pela constatação que faz:

Reconhecemos, desde já, nossa consciência da natureza sensível e emocional da controvérsia sobre o aborto, das vigorosas opiniões contrárias, mesmo entre os médicos, e das convicções profundas e aparentemente absolutas que o assunto inspira. A filosofia de uma pessoa, suas experiências, sua exposição aos limites da existência humana, seu aprendizado religioso, suas atitudes em relação à vida e à família e seus valores, e os padrões morais que estabelece e procura observar, provavelmente influenciam e moldam seu pensamento e suas conclusões sobre o aborto. Além disso, o crescimento populacional, a poluição, a pobreza e as conotações raciais tendem a complicar e não a simplificar o problema (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. Roe et al. v. Wade, District Attorney of Dallas County, 410 U.S. 113, 22 de janeiro de 1973, p. 116, tradução nossa).

De início, ficou afastada a questão preliminar de perda de objeto da ação e do respectivo recurso em razão de, à época do julgamento, Roe não mais estar grávida. Apesar do entendimento pacífico do Tribunal no sentido de que a controvérsia deve existir no momento do recurso e não apenas no momento de ajuizamento da ação, foi considerado que o tempo normal de gestação é curto demais até mesmo para o julgamento inicial, que dirá o recursal. Logo, uma exceção foi aceita.

Indo ao mérito, o juiz Blackmun, a partir das razões apresentadas por Roe no sentido de que uma mulher grávida tem o direito de interromper sua gravidez pela palavra “liberdade” na Quarta Emenda ou entre aqueles reservados pela Nona Emenda, julgou necessário realizar um apanhado histórico de como a matéria era tratada desde a antiguidade até as leis que regiam os EUA, da época das colônias até o período, até então, atual.

No período pré-Constituição de 1789, por um lado, a lei vigente era a inglesa, a qual não discriminava o aborto quando realizado no período anterior ao primeiro movimento

perceptível do feto no útero, ou *quickening*. Por outro lado, já em meados de 1950, grande parte das jurisdições havia abandonado o critério do primeiro movimento do feto e passou a caracterizar qualquer aborto, salvo para salvar a vida da mãe, como uma agressão à vida e, portanto, um crime. A partir disso, concluiu-se que a linha do tempo revela um endurecimento das leis norte-americanas ao longo dos séculos após a independência, e, principalmente, que no momento de promulgação da Constituição até meados do século 19, o aborto era tratado de forma menos dura do que em 1973.

A explicação para a promulgação de leis nesse sentido durante a história, continua Blackmun, pode se dar por três causas diferentes.

A primeira, a menos aceita e nem mesmo citada por Wade na defesa da lei do Texas, é a de uma tentativa, proveniente da era Vitoriana, de inibir “condutas sexuais ilícitas”. Outra razão é a de que as leis contra o aborto se originam de uma preocupação do estado de proteger a mãe de uma cirurgia que, em uma época em que os procedimentos médicos eram arriscados e precários, representa risco grave à sua vida. Tal preocupação não seria mais tão aceita, em especial pelos avanços na medicina, mas ainda se justifica a medida em que a gestação perdura. A última, e talvez mais preponderante, é que o estado tem o dever de proteger a vida toda a vida humana, a qual se estende mesmo para o feto, uma vida pré-natal.

Nesse ponto, faz ressalva para dizer que, a partir da última defesa, não vem ao caso o debate acerca do começo da existência de vida. Apesar da argumentação de Texas acerca da vida começar com a concepção e que, por isso, ela deve ser protegida desde então, o Relator defende que a Suprema Corte não tem o papel de definir tal matéria, tendo em vista que nem mesmo outros campos mais preparados para a tarefa o conseguem. Nesse sentido, não se trata de argumento forte o suficiente para impedir a interrupção da gravidez em qualquer momento a alegação de interesse de proteger uma vida pré-natal ou, em outros termos, o entendimento do feto ser uma “pessoa constitucional”.

O termo “pessoa”, explica o Relator, não é definido nas instâncias em que surge no texto original da Constituição ou em qualquer uma das emendas posteriormente editadas, mas, em nenhuma delas, esse parece se referir a algum direito ou contexto que pode se aplicar a uma vida pré-natal. Além disso, conforme supracitado, conclui-se que as leis da época de promulgação do texto original e ao longo do século 18 eram notavelmente menos rígidas do

que as regentes em 1973, logo não parece razoável entender que um feto também estaria incluído na proteção garantida às “pessoas”. Admite, porém, que o estado tem, ao menos, algum interesse em proteger vidas em potencial.

Nessa linha, afirma que apesar de o direito à privacidade também não estar expressamente previsto no texto constitucional, sua existência é consagrada pela história jurisprudencial do Tribunal. Seja proveniente da Primeira Emenda, da Quarta e da Quinta, da Nona, do conceito de liberdade da Décima Quarta ou nas entrelinhas da Declaração de Direitos como um todo, os direitos pessoais foram considerados fundamentais quando no âmbito da privacidade, como aqueles relacionados ao casamento, reprodução e contracepção. Destarte, é a privacidade um direito amplo o suficiente para incluir o direito da mulher de interromper prematuramente ou não sua gravidez no rol dos fundamentais.

Regulações tendentes a impedir o usufruto de tal direito caracterizam danos em diversas esferas da vida que, ao fim e ao cabo, devem ser analisadas pelo médico consultado pela gestante. Nesse contexto, Blackmun aponta fatores como danos psicológicos e físicos da gestante obrigada a carregar uma gestação ou até mesmo da criança não desejada, por crescer em um ambiente de pais despreparados e não dispostos ao cuidado ideal. No caso de Jane Roe, ainda cita o estigma que uma mãe solteira é submetida. Em vista disso, explica:

Quando estão em causa certos "direitos fundamentais", o Tribunal decidiu que a regulamentação que limita esses direitos só pode ser justificada por um "interesse imperioso do Estado" [...], e que as promulgações legislativas devem ser estritamente definidas para exprimir apenas os interesses legítimos do Estado em causa (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. Roe et al. v. Wade, District Attorney of Dallas County, 410 U.S. 113, 22 de janeiro de 1973, p. 155, tradução nossa).

Os fundamentos apontados, porém, não tornam o direito ao aborto algo absoluto, isto é, que pode ser exercido a qualquer tempo, circunstância ou modo. Conforme admitido anteriormente, o estado tem sim um interesse de salvaguardar a vida da gestante e da vida em potencial e, ainda, de manter condições médicas básicas, em especial com o desenvolvimento do feto. Afirma, ainda, que em certos momentos o interesse estatal se torna preponderante o suficiente para criar limitações práticas, segundo conhecimento médico.

Assim define, portanto, o juiz Blackmun, que o interesse legítimo quanto a saúde da mãe se torna preponderante, aproximadamente, ao fim do primeiro trimestre de gestação, em

vista dos dados médicos existentes de que a mortalidade em abortos antes desse período serem até menores que em gestações continuadas. Nesse momento, a casa legislativa do ente pode promulgar leis relacionadas, de forma razoável e proporcional, à preservação e proteção da vida materna, como a necessidade de qualificação do profissional, a elaboração de requisitos relacionados ao local de realização do procedimento, entre outros. Antes disso, prepondera unicamente a vontade da mãe de prosseguir ou não com a gravidez e a anuência de um médico.

O ponto onde o dever do estado de proteger a vida em potencial se torna legítimo é o da viabilidade, isto é, no momento em que, conforme padrões médicos e lógicos, o feto passa a ser capaz de viver fora do útero materno. Em tais circunstâncias, o estado tem poderes garantidos pela Constituição de proibir a prática geral do aborto, salvo nos casos em que seja imperioso para a preservação da saúde e vida da mãe.

A partir de todo o exposto, ou seja, dos fundamentos apresentados e do critério estabelecido, concluiu o juiz Blackmun que o Código Penal do Texas, mais precisamente o art. 1.196, ao não apresentar critérios que estabelecem diferenças de tratamento entre os abortos realizados em período inicial e os realizados em período final, ressaltando apenas a salvaguarda da vida materna, se provou ampla e vaga o suficiente para ultrapassar o interesse estatal legítimo de proteger a vida e infringir o direito fundamental da mulher de praticar o aborto. Assim, declarou a inconstitucionalidade do artigo e de todos aqueles relacionados à matéria.

A decisão foi acompanhada pela maioria e, ao fim, houve a publicação do voto analisado como vencedor.

3.1.3. Posição dissidente

Um dos juízes dissidentes foi William Rehnquist. Conforme aquilo previsto no voto majoritário, iniciou sua fundamentação defendendo que o recurso de Jane Roe carece de objeto, pois determinada pessoa apenas pode tutelar direito próprio. Assinalou, para tal, que Jane Roe, à época do ajuizamento da ação, era uma mulher grávida em seu terceiro trimestre. Nesse sentido, mesmo com o entendimento de que a Constituição tutela o direito ao aborto como fundamental, Roe não poderia mais exercê-lo.

Outrossim, a Corte, ao decidir um caso nessas circunstâncias, violou o entendimento firmado de que não poderia formular regra constitucional mais ampla que o necessário para regular o caso.

Para além da questão preliminar, advogou no entendimento de que não há direito à privacidade no caso, pelo simples fato de um procedimento abortivo não ser privado, no sentido ordinário da palavra, nem se aproximar da proteção contra “buscas e apreensões” previstas na Quarta Emenda, o qual originou o direito à privacidade em primeiro lugar.

Ademais, concorda que a proibição de limitação da liberdade sem o devido processo legal, conforme dispõe a Décima Quarta Emenda, não se limita àquilo descrito na Declaração de Direitos. Mas defende que a proibição é justamente de limitação sem o devido processo legal. Dessa forma, a definição fica à cargo do teste racional que busca responder se uma lei criada respeita ou não o interesse legítimo do estado de preservar algum bem jurídico a partir de mera razoabilidade.

O teste, defende Rehnquist, não foi respeitado pelo Tribunal, que invadiu a competência legislativa e criou um regramento de divisão virtual de trimestres que não pode se justificar a partir dos critérios da privacidade antes estabelecidos.

Alega ainda que as restrições aplicadas ao poder dos estados de legislar e preservar seus interesses legítimos ultrapassam aquilo que os autores da Décima Quarta Emenda gostariam em 1868. O fato da maioria dos estados terem leis restringindo o aborto nesse período e ainda o terem 1 século depois demonstra, ao fim, que o direito subjetivo alegado não surge nas raízes da sociedade americana e nem estava presente no imaginário dos responsáveis por promulgar a emenda na época.

Por fim, protesta que, mesmo que o anteriormente exposto não fosse verdade, a decisão da corte de declarar inconstitucional a regulação do Texas sobre o aborto como um todo e em caráter *inter partes* não pode se justificar, em especial porque a lei poderia ser aplicada a partir do novo critério firmado, mesmo que somente no último trimestre.

3.2. Planned Parenthood v. Casey - 1992

3.2.1. Contexto e ação na origem

A ação foi ajuizada pela Planned Parenthood Federation of America, Inc. e outros em face do District Attorney Robert P. Casey, por meio da qual buscaram a declaração de inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Controle de Aborto de 1982, da Pensilvânia, por serem incompatíveis com a liberdade e privacidade da cláusula de devido processo legal da Décima Quarta Emenda e com o anteriormente reconhecido direito fundamental da mulher de interromper sua gravidez.

Em suma, as disposições apontam o seguinte:

- § 3205²³: Uma mulher que deseja interromper sua gravidez deve declarar que recebeu certas informações – como os riscos da operação a sua saúde e sobre o estado do feto – ao menos 24h antes do procedimento;
- § 3206²⁴: Se for considerada abaixo da maioridade civil, deve obter o consentimento de um de seus responsáveis ou, na impossibilidade, por meio de suprimento judicial;
- § 3209²⁵: Em se tratando de uma mulher casada, a gestante necessita de uma declaração na qual fica confirmada a ciência de seu cônjuge;
- § 3203²⁶: Descreve casos de emergência médica e, nesses casos, escusa as autorizações ou declarações anteriores; e

²³ “No abortion shall be performed or induced except with the voluntary and informed consent of the woman upon whom the abortion is to be performed or induced. Except in the case of a medical emergency, consent to an abortion is voluntary and informed if and only if [...]”.

²⁴ “Except in the case of a medical emergency, or except as provided in this section, if a pregnant woman is less than 18 years of age and not emancipated, or if she has been adjudged an incapacitated person under 20 Pa.C.S. § 5511 (relating to petition and hearing; independent evaluation), a physician shall not perform an abortion upon her unless, in the case of a woman who is less than 18 years of age, he first obtains the informed consent both of the pregnant woman and of one of her parents [...]”.

²⁵ “In order to further the Commonwealth's interest in promoting the integrity of the marital relationship and to protect a spouse's interests in having children within marriage and in protecting the prenatal life of that spouse's child, no physician shall perform an abortion on a married woman, except as provided in subsections (b) and (c), unless he or she has received a signed statement, which need not be notarized, from the woman upon whom the abortion is to be performed, that she has notified her spouse that she is about to undergo an abortion [...]”.

²⁶ “The following words and phrases when used in this chapter shall have, unless the context clearly indicates otherwise, the meanings given to them in this section: [...] Emergency.--Where a medical emergency compels the performance of an abortion, the physician shall inform the woman, prior to the abortion if possible, of the medical indications supporting his judgment that an abortion is necessary to avert her death or to avert substantial and irreversible impairment of major bodily function”.

- §§ 3207(b), 3214 (a) e 3214(f)²⁷: Define a forma como os locais que realizam a operação devem armazenar e reportar seus cadastros médicos.

Na origem, a Corte Distrital concedeu liminar para suspender a eficácia dos dispositivos e, ao final da ação, os declarou inconstitucionais. Já no segundo grau, na Corte de Apelações, houve alteração do entendimento e ficou determinado que as provisões eram constitucionais, salvo aquela referente à declaração de notificação do marido.

3.2.2. Posição majoritária

Apesar de discordar do apontamento do advogado de uma das partes ativas de que a manutenção de algum dos dispositivos expostos significa a superação do entendimento de *Roe v. Wade*, a corte, representada conjuntamente por O'Connor, Kennedy e Souter, reconhece a importância de revisar os princípios daquela decisão que reconheceu o direito ao aborto como fundamental e o interesse legítimo do estado de visar os procedimentos abortivos.

Nessa linha, adianta a conclusão da corte de que, a partir dos princípios de integridade institucional e pela doutrina da *stare decisis*²⁸, a pedra basilar instituída em *Roe* deve ser mantida. Essa corresponde, explica, ao entendimento de que a mulher, a partir da cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, tem a liberdade de interromper sua gravidez sem a indevida intromissão do estado, apesar do interesse desse de proteger a vida da gestante e da vida em potencial - o qual passa a preponderar apenas após o momento em que o feto se torna capaz de viver fora do útero, ou seja, viável.

²⁷ “(b) Reports.--Within 30 days after the effective date of this chapter, every facility at which abortions are performed shall file, and update immediately upon any change, a report with the department, containing the following information”; “(a) General rule.--For the purpose of promotion of maternal health and life by adding to the sum of medical and public health knowledge through the compilation of relevant data, and to promote the Commonwealth's interest in protection of the unborn child, a report of each abortion performed shall be made to the department on forms prescribed by it. The report forms shall not identify the individual patient by name and shall include the following information [...]”; e “(f) Report by facility.--Every facility in which an abortion is performed within this Commonwealth during any quarter year shall file with the department a report showing the total number of abortions performed within the hospital or other facility during that quarter year. This report shall also show the total abortions performed in each trimester of pregnancy [...]”.

²⁸ “A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira” (RE, Edward D. *Stare decisis*. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>. Acesso em: 29 set. 2023).

Tal liberdade, continua a opinião, não se restringe apenas ao exercício dos direitos previstos expressamente na Declaração de Direitos, como a Corte sempre defendeu, nem àqueles que à época de produção da Quarta Emenda, 1868, eram reconhecidos. Deve prevalecer a compreensão mais ampla de que a Constituição busca garantir um “domínio” de direitos alheios aos comandos estatais. Até porque, se assim não fosse, alguns dos direitos garantidos anteriormente, como o casamento interracial – que era ilegal no século 19 –, jamais poderiam existir. A racionalidade deve pautar os casos que se relacionam à cláusula do devido processo legal, em especial pelo que afirma posteriormente:

Homens e mulheres de boa consciência podem discordar, e supomos que alguns discordarão sempre, sobre as profundas implicações morais e espirituais de interromper uma gravidez, mesmo na sua fase mais precoce [...], mas isso não pode controlar a nossa decisão. A nossa obrigação é definir a liberdade de todos, não impor o nosso próprio código moral. A questão constitucional subjacente é a de saber se o Estado pode resolver estas questões filosóficas de uma forma tão definitiva que a mulher não tenha qualquer escolha na matéria. [...] Estas questões, que envolvem as escolhas mais íntimas e pessoais que uma pessoa pode fazer ao longo da vida, escolhas fundamentais para a dignidade e autonomia pessoais, são fundamentais para a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al*, 505 U.S. 833, 29 de junho de 1992, p. 850-851, tradução nossa).

Por essa perspectiva, na visão da Corte, ocorreu o julgamento de *Roe*, pautado em proteção da liberdade e na tradição dos precedentes anteriormente firmados, mas ainda levando em consideração a extensão do poder estatal para regular a matéria em respeito às suas legítimas preocupações. O caso em *Casey*, defendem os juízes vencedores, vai no mesmo sentido.

Assim, pretende explicar o motivo pelo qual o entendimento original deve ser mantido a partir do *stare decisis*, apesar das ressalvas arguidas pela defesa. A análise da manutenção de um entendimento geralmente ocorre a partir de quatro fatores, que são sopesados com os princípios do Estado de Democrático de Direito e os custos sociais referentes à sua continuidade ou interrupção, quais sejam: exequibilidade, importância social, utilidade prática e atualidade das premissas de fato. Em apertada síntese dos fatores apresentados, o voto da maioria considerou que todos podem ser caracterizados como positivos.

A decisão em *Roe* é exequível pois está adstrita às competências legais da Corte e gerou a necessidade, como em qualquer outra, de revisão da constitucionalidade de certas leis estaduais.

Apresenta, ainda, elevado grau de importância social para aqueles que nela confiam, pois “durante duas décadas de desenvolvimento econômico e social, as pessoas organizaram relacionamentos íntimos e fizeram escolhas que definem suas visões de si mesmas e de seus lugares na sociedade” (Estados Unidos da América, 1992, p. 856, tradução nossa), em especial as mulheres, com a confiança e certeza de que tinham uma garantia contra possíveis falhas na contracepção, por exemplo.

Ademais, o entendimento da Corte em casos análogos – isto é, referentes não somente a direitos sexuais, mas também aqueles referentes à privacidade e liberdade constitucionais – não divergiu de Roe nos anos que se passaram, o que demonstra a utilidade prática da jurisprudência e sua consonância com a doutrina ainda dominante, apesar de “tentativas legislativas dos estados de testar seus limites” (Estados Unidos da América, 1992, p. 858, tradução nossa).

Concluíram, ainda, pela atualidade das premissas de fato arguidas em 1973. Apesar das evoluções na tecnologia e ciência que aumentam a proteção da mulher e do feto e a antecipação do período de viabilidade, a premissa maior de que o interesse legítimo do estado de proteger os bens jurídicos em jogo somente se torna dominante após o feto se tornar viável permanece.

A Corte entendeu por bem, nessa conclusão, reforçar que *Casey* não tem o mesmo papel na história que outros julgados de suma importância tiveram, como *Brown* (1954), que reverteu uma decisão de 1896 onde a segregação racial em espaços públicos não foi considerada uma inequidade social. Diferentemente, *Casey* não se baseia em fatos que nem mesmo podiam ser compreendidos pela composição anterior do Tribunal em razão de fatores históricos e ideológicos não mais compatíveis com a sociedade moderna. A superação daquilo que ficou firmado em 1973 não passaria do resultado de uma discussão sobre qual posição doutrinária deve prevalecer, pois a realidade em voga não conclui pela aplicação de princípios constitucionais diferentes daqueles evocados antes, ou de que ela estava, simplesmente, errada.

Com base nessa premissa, a superação injustificada não apenas desrespeita a cultura de *common law* da *stare decisis*, como também coloca a Suprema Corte numa posição de

desconfiança social desnecessária, dificultando sua capacidade de atuar como uma intérprete constitucional e de solucionar questões difíceis. É de suma importância que, ao fim e ao cabo, as decisões sejam pautadas nos princípios jurídicos mais basilares e não em questões que claramente externas, em especial na revisão de precedentes importantes:

[...] quando a Suprema Corte age dessa forma, sua decisão requer uma força precedente igualmente rara para combater os esforços inevitáveis para anulá-la e impedir sua implementação. Alguns desses esforços podem ser meras reações emocionais sem princípios; outros podem partir de princípios dignos de profundo respeito. Mas, quaisquer que sejam as premissas da oposição, somente a justificativa mais convincente, de acordo com os padrões aceitos de precedentes, poderia ser suficiente para demonstrar que uma decisão posterior que anulasse a primeira não seria nada além de uma rendição à pressão política e um repúdio injustificado ao princípio no qual a Suprema Corte apostou sua autoridade em primeiro lugar (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al*, 505 U.S. 833, 29 de junho de 1992, p. 867, tradução nossa).

A análise dos quatro fatores apresentados – exequibilidade, importância social, utilidade prática e atualidade das premissas de fato – e do papel imperioso que a legitimidade do poder do Tribunal possui, ao fim reforça a força de *Roe* e a certeza de que sua essência deve ser mantida.

Feita a defesa da manutenção da jurisprudência existente, os magistrados passam a tocar nos pontos que consideram merecer uma reavaliação antes da análise das leis da Pensilvânia serem retomadas.

O critério adotado para definir o momento de preponderância do interesse do estado na proteção da vida em potencial mantém-se na viabilidade. A avaliação de viabilidade do feto não só respeita o critério médico e biológico, mas também de justiça, já que a mãe que falhou em buscar auxílio antes desse período consente, de forma tácita, com o poder de intromissão estatal. Antes disso, ademais, a mulher tem o direito constitucional de optar sobre o encerramento de sua gestação. Ambos os pontos são considerados os centrais em *Roe*. Contudo, a Corte admite ter falhado em defender o importante e legítimo interesse do estado de proteger a vida em potencial.

O método de separação de trimestres foi sólido e criado com o objetivo de garantir que a atuação estatal não interviesse na esfera pessoal da gestante nos momentos em que sua escolha deveria prevalecer, mas não conseguiu estabelecer uma porção de poder essencial dos entes federativos.

A partir disso, defendem que a renovação proposta em *Casey* visa permitir que sejam criadas regulações que promovam a distribuição de informações relevantes e importantes para que a mãe tome uma decisão mais acertada. Para tal, a moldura dos trimestres criada anteriormente não pode ser mantida, pois vê em qualquer regulação estatal acerca do tema como algo inválido, em especial no primeiro trimestre de gestação. Em contraponto, é necessária a implementação de um novo modo de limitar o poder dos governantes e, ainda assim, realmente promover a salvaguarda da gestante e da vida em potencial, independentemente do tempo.

A regulação deve passar por uma avaliação do *undue burden* ou, em português, ônus indevido. Por meio dessa, a regulação que impor à mulher um ônus indevido ao exercício de seu direito de abortar será considerada inconstitucional, pois fica consagrado que “os meios escolhidos pelo estado para promover o interesse na vida potencial devem ser calculados para informar a livre escolha da mulher, e não para a impedir” (Estados Unidos da América, 1992, p. 877, tradução nossa).

Nas vias propostas, a Corte resume aquilo que é ponto-chave em *Casey*: o entendimento central de *Roe v. Wade* – de que a mulher tem o direito fundamental de escolher sobre a continuidade de sua gestação, assim como a possibilidade de o estado vedar, com ressalvas, seu exercício a partir da viabilidade do feto –, foi reafirmado. O que mudou foi o critério de avaliação das regulações estaduais, as quais passam a seguir a análise do ônus indevido, o que permite a promulgação de leis mais eficazes tendentes à preservação da saúde e segurança da mulher que procura realizar o procedimento.

A partir dos fundamentos apresentados, a Corte passou a analisar aquilo que a Lei de Controle de Aborto da Pensilvânia dispôs, concluindo, em síntese, da forma que segue:

- § 3205 (Declaração da mulher de que foi bem instruída ao menos 24h antes do procedimento): A exigência estabelecida não representa um ônus excessivo sobre o direito da mulher, tendo em vista que leva em conta o peso que uma decisão como a prática do aborto pode ter no restante da vida da mãe, seja física ou mentalmente. Portanto o dispositivo está conforme os princípios constitucionais;

- § 3206 (Consentimento dos responsáveis): O suporte dos responsáveis é importante para a mulher no início de sua vida e é considerado valioso perante o dever legal dos pais de educar e proteger. Mesmo que assim não o fosse, a possibilidade de suprimento do consentimento familiar pela via judicial reforça a proteção da vontade da mãe. Assim, resta constitucional o dispositivo;
- § 3209 (Declaração de ciência do cônjuge): Apesar de em casamento saudáveis a discussão de temas importantes ser comum, a realidade é que incontáveis mulheres são vítimas de violência doméstica, seja física ou psicológica, por parte de seus cônjuges. Disso surge a conclusão de que, estando grávida, tem razões justificáveis para não os informar, em especial em casos em que a gestação surge após um estupro marital. A obrigatoriedade de declaração, portanto, representa grave obstáculo àquelas mulheres que estão presentes em realidades abusivas, independente de não o ser àquelas que não estão. Por outro lado, o interesse geral dos maridos na vida em potencial do feto não permite que o estado o empodere com o poder de veto, algo com resquício de autoritarismo, sobre o corpo de sua esposa. Assim, conclui-se pela invalidade da disposição ante à Constituição norte-americana;
- § 3203 (Definição de emergência médica tendente a relevar as declarações): A opinião da Corte é de que seria escrita de forma ampla e abstrata, o que revela a intenção do legislador de que o respeito às regras firmadas não impusesse uma ameaça a vida ou saúde de gestantes. Assim, ausente algum ônus indevido contra o direito em análise, sua eficácia está mantida;
- §§ 3207(b), 3214 (a) e 3214(f) (Armazenamento e compartilhamento de dados médicos): O tratamento de dados nesse sentido respeita o entendimento firmado no Tribunal de que o armazenamento de informações que se relacionem à preservação da saúde materna e respeitem sua confidencialidade são permitidas.

Assim, a Corte, por maioria, manteve a posição da Corte de Apelações e declarou a inconstitucionalidade apenas da disposição que se referia à notificação do cônjuge, mantendo a vigência dos demais dispositivos.

3.2.3. Posição dissidente

Os juízes dissidentes apontam que o caso apresentado pela Planned Parenthood Federation of America, Inc. não se relaciona diretamente com o entendimento firmado em

Roe v. Wade, mas afirmam que a revisão dessa é válida em razão da confusão e incerteza que causou nos julgamentos do Tribunal e nos trabalhos legislativos estaduais.

Por meio da revisão, defendem que o direito da mulher ao aborto não se relaciona com aqueles protegidos pela privacidade, como a jurisprudência vigente aceita. Em razão de características que lhe são próprias, como a necessária concorrência de duas vidas no seu exercício – a mãe e o feto –, trata-se de direito *sui generis*, isto é, sem semelhança com nenhum outro, o que denota a impossibilidade de qualquer comparação e fundamentação a partir de casos anteriores.

Ademais, a tradição dos Estados Unidos, demonstrada a partir das evidências documentadas de leis contrárias existentes à época de promulgação da Décima Quarta Emenda e da decisão final em *Roe*, nunca conteve em suas raízes o entendimento de que a prática abortiva é um direito fundamental. Assim, qualquer legislação ou ato tendente a abolir ou restringir sua efetividade não precisa comprovar, de forma contundente, o interesse legítimo do estado de defender um bem jurídico.

Outrossim, mesmo se o fundamento não fosse verdadeiro, a solução, proposta pela maioria, de substituição do método trimestral para o de análise do ônus indevido em casos de restrição ao aborto não tem qualquer efeito benéfico. Sua aplicabilidade em casos concretos continuará sendo, como antes, uma forma da Corte impor sua vontade, supostamente com base na Constituição, sobre o poder legislativo dos entes federativos.

Em conclusão, a posição dissidente afirma que as leis da Pensilvânia sob análise são, em vista da inexistência de direito fundamental de abortar no texto constitucional, compatíveis com o ordenamento jurídico norte-americano em sua integralidade.

3.3. Dobbs v. Jackson Women's Health Org. - 2022

3.3.1. Contexto e ação na origem

No ano de 2019, os representantes eleitos do estado do Mississippi incluíram em seu Código uma seção que foi oficialmente chamada, em tradução livre, de Lei da Idade Gestacional. Nela ficou estabelecido²⁹, basicamente, que a prática do procedimento abortivo,

²⁹ Código de Mississippi de 2019, § 41-41-191. (4) [...] (b) Except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality, a person shall not intentionally or knowingly perform, induce, or attempt to perform or

salvo em emergência médica ou deformidade severa do feto, é proibida se o “ser humano não nascido” provavelmente estiver em idade gestacional superior a 15 semanas.

Como constatado pelos juízes, trata-se de período consideravelmente anterior àquele referente à viabilidade, estabelecido em *Roe* e *Casey* como ponto de virada para o poder de intromissão dos governantes.

Em resposta, a clínica Jackson Women's Health Organization, única que realizava a operação no estado, apresentou ação na Corte Federal Distrital em face de Thomas E. Dobbs, Secretário de Saúde de Mississippi, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da lei em razão da nítida infração do direito fundamental ao aborto, estabelecido pela Suprema Corte em 1973 e reforçado em 1992.

Em primeira instância, houve julgamento antecipado e a Corte Distrital declarou a lei inconstitucional em razão do entendimento já pacífico existente sobre o direito. Em sede recursal, o Tribunal de Apelação do Quinto Circuito manteve a decisão na íntegra. Por fim, Dobbs apresentou à SCOTUS o caso para revisão e pretensão de reversão do entendimento firmado, por supostamente *Roe* e *Casey* terem sido erroneamente julgados e, em face disso, a lei estadual ser plenamente constitucional.

3.3.2. Posição majoritária

De início, o juiz Alito, que apresenta o voto do Tribunal, promove uma breve revisão da história recente acerca do aborto na Suprema Corte.

Apesar, afirma, de o aborto ser uma questão que envolve as mais internas e complexas convicções de uma pessoa, o poder do povo, por meio de seus representantes, de decidir acerca de sua regulação foi indevidamente restringido pelo Tribunal em 1973. A análise feita na época, continua, baseou-se em uma leitura histórica “constitucionalmente irrelevante e claramente incorreta” (Estados Unidos da América, 2022, p. 2, tradução nossa) e levou a conclusões que mais se assemelhavam àquelas promovidas pelo Poder Legislativo, com um método trimestral que, supostamente, nem mesmo os apoiadores de tal direito sustentavam.

induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks.

Ademais, aponta que em 1992 os juizes demonstraram a divisao causada por *Roe* ao, na ocasio de julgamento de *Casey*, se dividirem entre aqueles que votavam em superá-lo por completo, os que gostariam de mantê-lo na íntegra e, a posicao vencedora, os que buscavam sua manutencao essencial, com alteracoes apenas no modo de sopesar o interesse da mulher e o estatal. O novo método implementado era abstrato e não removia o conflito do centro do debate sobre o aborto, o que apenas reforçou o erro perpetuado pelo Tribunal.

Ao fim do breve apanhado, adianta seu entendimento, acompanhado pela maioria da corte: *Roe* e *Casey* devem ser superados pois estavam errados desde o início e, portanto, é “hora de observar a Constituição e devolver o problema do aborto para os representantes eleitos pelas pessoas” (Estados Unidos da América, 2022, p. 6, tradução nossa).

Em vista do exposto, inicia sua fundamentação com aquilo que considera o ponto mais imperioso na questão da interrupção da gravidez como algo fundamental, qual seja a sua presença, ou não, na Constituição. Para isso ser desvendado, dividiu a tarefa em três etapas, quais sejam a tarefa de compreender o significado e a extensão da palavra “liberdade” contida na Décima Quarta Emenda, a análise das raízes da história e tradição norte-americana e, por último, os precedentes firmados previamente a 1973.

Para compreender a Constituição, afirma ser necessária a compreensão linguística, o melhor instrumento por ser um padrão fixo. Nessa linha, já seria possível descartar que o aborto está expressamente previsto no texto constitucional. Resta, assim, saber se implicitamente o está, algo que, para Alito, *Roe* fez de maneira demasiadamente ampla, sem nem mesmo preocupar-se com afirmar uma única emenda como a basilar. *Casey*, por outro lado, deu foco ao assunto ao associar o aborto à “liberdade” prevista na Cláusula do Devido Processo Legal, da Décima Quarta Emenda.

Como base na Cláusula, a Suprema Corte define que seus direitos resguardados não se restringem àqueles previstos originalmente nas primeiras oito emendas promulgadas pela *Bill of Rights*, mas incluem os que, apesar de não estarem expressos, estejam inseridos nas raízes mais profundas da sociedade estadunidense e, a partir disso, possam ser considerados essenciais dentro do núcleo do que chamam de *ordered liberty* – ou, para o português, liberdade ordenada, que busca balancear os interesses individuais e os sociais.

Tendo em vista que dificilmente é possível extrair um significado exato do que está incluído na liberdade expressa na emenda, resta buscar na história da sociedade do EUA, em especial em suas legislações desde o período da *common law* inglesa até o ano em que o aborto passou a ser um direito fundamental, a resposta do que os legisladores pretendiam alcançar. Nessa linha, defende que o Tribunal, ao interpretar as emendas a partir da história, precisa dividir aquilo que é racionalmente extraído das “[...] nossas próprias opiniões acaloradas sobre a liberdade que os americanos devem desfrutar” (Estados Unidos da América, 2022, p. 14, tradução nossa).

Em apertada síntese, mesmo na origem do ordenamento americano, a *common law* sempre vedou a prática do procedimento abortivo. Não obstante a argumentação, utilizada pelos juízes de 50 anos antes, de que o aborto pré-*quickenning* não era citado expressamente como crime assim como o pós, disso não se pode extrair de que sua prática era permitida, muito menos um direito.

Essa posição é defendida por escritores especialistas sobre aquele período, os quais foram citados na decisão, como Hale e Blackstone, que, em suma, entendem que, a despeito de divergências em como era deveria ser tratado o aborto em diferentes pontos da gestação, sua prática nunca, nem remotamente, foi endossada.

Mesmo se assim não fosse, observou-se que o conceito de *quickenning* foi abandonado em meados do século 19 e a tendência das leis estaduais foi a de, uma por uma, proibir o aborto em todo e qualquer estágio da gravidez. Em 1868, ano de promulgação da Décima Quarta Emenda, 28 dos 37 estados americanos assim entendiam, e, em 1950, apenas quatro permitiam o aborto além do caso em que fosse necessário para salvar a vida da mãe.

A conclusão a ser tirada disso, então, foi de que não se pode enxergar na raiz da cultura americana o aborto como um direito subjetivo. Argumentar que o cenário existente durante 1868 ou em 1973 não importa seria ir de encontro com o padrão do Tribunal nos casos em que determinado direito não se encontra expresso no texto da Carta Magna, defende a opinião majoritária da Corte.

Aqueles que apoiam o entendimento antes de Dobbs, na visão de Alito, afirmam que a capacidade de uma mulher poder escolher entre continuar ou não sua gestação advém da

possibilidade de tomar suas próprias escolhas, o que é central para a autonomia e dignidade humana, algo consignado por diversos precedentes mencionados nas decisões e que seria mais valioso que qualquer limitação histórica que possa ser captada.

Contudo, como qualquer direito, as vontades e crenças não necessariamente refletem o que pode ser feito, muito menos o que é um direito. Daí se difere a “liberdade” da “liberdade ordenada”, anteriormente citada. Os limites surgem, defende Alito, daquilo que as pessoas definem por meio de seus representantes, algo que, isto é certo, se extrai da tradição dos EUA. Sem isso, “a partir de um alto nível de generalidade”, a ampla liberdade poderia até mesmo “licenciar o direito fundamental de utilizar drogas ilícitas, prostituição e afins” (Estados Unidos da América, 2022, p. 32, tradução nossa).

Outrossim, os precedentes citados não teriam qualquer utilidade para reforçar uma autonomia tão ampla a ponto de incluir o aborto. De acordo com a nova visão da corte, ele se difere de qualquer outro relacionado a autonomia pois destrói aquilo que mesmo *Roe* e *Casey* viram como um bem jurídico valioso: a vida em potencial. Casos como aqueles que definem o direito ao uso de contraceptivo e ao casamento de pessoas do mesmo sexo tocam, realmente, na questão da privacidade e autonomia, mas nunca se referiram ao fim prematuro de vidas humanas. Nada antes debatido na Corte envolveu uma questão tão moral, profunda e crítica e por isso uma resposta tão definitiva nunca poderia ser ou ter sido apresentada pelo Tribunal.

Nessa linha, os juízes da parcela majoritária concluem que não é possível extrair, seja das raízes da cultura norte-americana, seja dos precedentes anteriormente firmados, que o aborto está contido na esfera de direitos garantidos pela Constituição. Argumentam ainda, que as questões de cunho social alegadas por quem defende a liberdade de buscar um procedimento abortivo não são mais ou menos legítimas que aqueles arguidos por quem é contrário e assim definem:

Ambos os lados apresentam argumentos políticos importantes, mas os defensores de *Roe* e *Casey* devem demonstrar que esta Corte tem autoridade para pesar esses argumentos e decidir como o aborto pode ser regulamentado nos Estados. Eles não conseguiram demonstrar isso e, portanto, devolvemos o poder de ponderar esses argumentos ao povo e a seus representantes eleitos (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al*, 597 U.S., 24 de junho de 2022, p. 35, tradução nossa).

Ultrapassada a conclusão de que o aborto não pode ser encontrado no texto constitucional, o Tribunal passou a investigar se a doutrina da *stare decisis* recomenda a manutenção da jurisprudência pacificada apesar dos erros encontrados. Propõem os juízes, diferentemente de Casey, um teste que se baseia em cinco fatores para analisar uma decisão anterior: a dimensão do erro, a qualidade da fundamentação, a utilidade, os efeitos em outras esferas do direito e, por fim, a confiança social.

Quanto à dimensão do erro, a partir daquilo que apontaram como erros graves em *Roe* e *Casey*, considerou Alito que o precedente perpetuado pela Corte nada mais fez que “usurpar o poder de endereçar uma questão de profundo valor moral e social que a Constituição inequivocamente deixou para as pessoas” (Estados Unidos da América, 2022, p. 44, tradução nossa) a partir do uso abusivo do poder judicial.

Já em relação aos fundamentos de sustentação dos precedentes, ficou definido que, além de erradas, o Tribunal atuou de forma pobre em 1973 e 1992, pois infundada em qualquer base constitucional, histórica ou jurisprudencial.

Em *Roe*, a fundamentação foi irrazoável e, muitas vezes, tocava em questões irrelevantes. É apontada a supracitada constatação equivocada de que a *common-law* não vedava o aborto antes da movimentação do feto e a falha em compreender o cenário das leis acerca da matéria no ano de ratificação da Décima Quarta Emenda. Além disso, afirma que a Corte da época utilizou-se de precedentes para embasar a teoria de que o aborto estaria no respaldado no direito à privacidade, que até então se relacionava a informações pessoais ou à tomada de decisões independente da interferência governamental, mas mesmo a última – possivelmente a mais próxima –, não é correta pois nunca houve discussão relacionada ao ato de finalizar propositalmente uma vida.

Ademais, a partir disso, considera-se que criou um critério nada prático, que impedia a atuação dos estados. Para atuação somente após o primeiro trimestre, a Corte apenas apontou um critério isolado sobre mortalidade, sem qualquer aprofundamento, e, ainda, para a atuação estatal no terceiro trimestre estabeleceu a viabilidade. Tal critério provou-se extremamente ineficaz, em especial pelo rápido avanço na medicina que alterou profundamente as questões de saúde do feto e da mãe.

Mediante tantos erros, continua a opinião majoritária, *Casey* não buscou qualquer ajuste, pois apenas atuou a partir da *stare decisis* e não adentrou na questão do aborto novamente. Ainda assim, mesmo que a opção fosse a mais acertada, os critérios empregados na doutrina não levaram em consideração os erros cometidos e colocaram muito peso em questões intangíveis.

Pelo critério da utilidade, em outra via, o método do ônus indevido, estabelecido em substituição ao método trimestral, não se mostrou devidamente aplicável em casos concretos e muito mais contribuiu para causar divergências nos tribunais, sejam os estaduais, federais ou na própria Suprema Corte. O que seria um obstáculo substancial no caminho de uma mulher que pretende fazer o aborto? Ou uma decisão informada? Ou, ainda, uma regulação necessária relacionada à saúde? “Substancial”, “informada” e “necessária” em nada auxiliam na análise de uma lei por serem demasiadas subjetivas e, assim, afastam um caso concreto dos princípios de direito.

Além de atingir o cenário jurídico das liberdades individuais, ainda prejudicou e distorceu institutos de áreas jurídicas distantes. A corte não dedicou muito de sua opinião nesse fator, mas citou, por exemplo, que os casos sobre aborto diluíram o padrão de análise de constitucionalidade, ignoraram a doutrina firmada sobre a participação de terceiros interessados e distorceram doutrinas relacionadas à extensão e proteção de direitos da Primeira Emenda.

A partir da análise da confiança da sociedade na manutenção daquilo garantido anteriormente, Alito inicia afirmando que concorda com a argumentação que a “confiança” como critério de *stare decisis* se afasta, nos casos relacionados à interrupção da gravidez, da concepção clássica de planejamentos futuros, pois aqui não se trata, geralmente, de algo planejado. Por outro lado, defende que a questão do planejamento familiar e da ascensão social da mulher não é de aferição tão simples e que a Corte já decidiu anteriormente que não cabe a ela adentrar e divagar sobre a psique da sociedade, que dirá acerca dos efeitos sociais sobre o aborto. Assim, o juiz defende que a *Dobbs* tem uma função diferente:

A nossa decisão [...] permite que as mulheres de ambos os lados da questão do aborto procurem afetar o processo legislativo, influenciando a opinião pública, fazendo lobby junto dos legisladores, votando e candidatando-se a cargos públicos. As mulheres não estão desprovidas de poder eleitoral ou político (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. *Dobbs*, State Health Officer of the

Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al, 597 U.S., 24 de junho de 2022, p. 65, tradução nossa).

Por fim, um último argumento levantado em *Casey* e que merece ser afastado é aquele relacionado com a repercussão pública de decisões como *Dobbs* e como isso poderia afetar sua legitimidade por, supostamente, estar baseada apenas em razões de inclinações políticas.

Alito concorda que a preocupação em demonstrar que o Tribunal atua conforme princípios de direito e os precedentes firmados é legítima e deve ser basilar para a atuação dos juízes, mas diz que deve ser cautelosamente aplicada, em especial para que não se deixem levar pela opinião pública.

Ademais, aponta que foi a manutenção de *Roe*, como expressamente afirmado no voto majoritário em *Casey*, voltada para tentar solucionar um debate social e jurídico caloroso que colocou a legitimidade dos juízes do Supremo em risco, em especial porque excedeu o papel fundamental da Corte de atuar nos limites do caso em que é provocada. A Constituição, continua, não lhe deu autoridade para estabelecer decisões inteiramente imunes à superação ou reforma.

Mesmo se assim não fosse, a repercussão social de *Roe* e *Casey* em nada foi pacífica, aponta a opinião majoritária. O aborto era e continuou sendo matéria controversa socialmente e casos em que leis estaduais, emitidas pelos representantes do poder de povo, desafiavam o precedente firmado não eram raridade.

Assim, afirma a maioria que não pode haver preocupação com a repercussão de *Dobbs* na esfera política e social, sendo o papel da SCOTUS apenas interpretar a lei, aplicar os princípios da *stare decisis* e decidir o caso de acordo.

Ao fim e ao cabo, assim conclui a opinião antes de adentrar no mérito da lei do Mississippi em voga:

Portanto, afirmamos que a Constituição não confere o direito ao aborto. *Roe* e *Casey* devem ser anulados, e a autoridade para regulamentar o aborto deve ser devolvida ao povo e a seus representantes eleitos (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al*, 597 U.S., 24 de junho de 2022, p. 69, tradução nossa).

Em não sendo um direito fundamental, o entendimento da Corte é de que uma análise baseada na simples razoabilidade de uma lei estadual tendente a restringir direitos é aplicável no caso concreto. Isto é, as leis têm, desde o princípio, forte presunção de validade em razão de interesses legítimos do estado. No caso em narrado, Alito descreve alguns dos interesses do estado em voga em um caso sobre aborto, quais sejam o respeito e preservação da vida pré-natal em todos os estágios de desenvolvimento, a proteção da vida materna, a vedação a procedimentos médicos bárbaros, a preservação da integridade da profissão médica, a mitigação da dor do feto e a prevenção de discriminação com base na raça, sexo ou deficiência.

Em vista disso, a partir do teste de razoabilidade, a opinião majoritária definiu que a Lei do Mississippi, que veda a prática do aborto a partir das 15 semanas de gestação, salvo para a proteção da vida da mãe ou de deformidade grave do feto, está de acordo com os interesses do estado de proteger a vida de um ser humano em fecundação, de forma que sua constitucionalidade é patente.

Declarou-se a reversão da decisão do Tribunal de Apelação e reforçou-se:

Terminamos este voto onde começamos. O aborto apresenta uma questão moral profunda. A Constituição não proíbe que os cidadãos de cada Estado regulamentem ou proíbam o aborto. *Roe* e *Casey* usurparam essa autoridade. Agora, anulamos essas decisões e devolvemos essa autoridade ao povo e aos seus representantes eleitos (Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al*, 597 U.S., 24 de junho de 2022, p. 79, tradução nossa).

3.3.3. Posição dissidente

De início, os dissidentes afirmam que, assim como em *Roe*, a sociedade norte-americana atual integra em sua realidade conceitos constitucionais de liberdade individual e de equidade, o que afasta, desde já, a legitimidade dada pela maioria de que o estado possa afastá-los.

Defendem que, ainda em 1973, *Roe* reconheceu, com base em precedentes importantes, direitos essenciais para a autonomia de uma pessoa, como o casamento, relações familiares e contracepção, os quais, analogamente, se aproximam do aborto por colocar em voga interesses de planejamento familiar e outras questões sociais referentes a criação de uma

criança não planejada. Foi sopesado com esses fatores, contudo, o interesse legítimo do Estado de proteger a vida em potencial e, assim, interferir em tais decisões de forma dominante.

Casey foi também essencial, continuam, pois deu uma nova roupagem àquilo definido em *Roe*, ao demonstrar a aplicabilidade do termo “liberdade” da Décima Quarta Emenda e criar maior balanço entre os interesses individuais e os estatais ao estabelecer o critério do ônus indevido.

Por outro lado, afirmam os dissidentes, a posição majoritária em *Dobbs* exclui qualquer interesse da mulher e protege apenas o estado. A utilização de contextualizações históricas visando a compreensão do que acreditavam os legisladores da Constituição e das emendas que a seguiram não pode ser feita de forma tão restrita.

De início, o texto constitucional não foi feito por pessoas, mas por homens, que à época, como documentos conseguem comprovar, viam na mulher uma pessoa de segunda categoria. Além disso, ele garante sim direito às mulheres, não pelo que disseram literalmente os autores originais, mas pela proposital redação em termos abertos que permitiam evoluções futuras, a partir de viradas históricas e das múltiplas definições e reanálises de precedentes judiciais. Se assim não for, não apenas o aborto é um direito não contemplado, mas os já reconhecidos direito ao casamento interracial, à igualdade racial e outros demais que, sem dúvidas, não passavam pela cabeça dos legisladores em 1868.

Quanto à análise do *stare decisis*, os dissidentes apontam que nenhum dos fatores analisados foram corretos, pois, provindo de casos em nada relacionados com uma questão como o aborto, apenas serviram para superar inadequadamente um precedente, o que parece denotar uma superação motivada por questões alheias aos princípios do direito. Mesmo se assim não fosse, continuam, a doutrina recomendaria a manutenção daquilo firmado em *Roe* e *Casey*.

O método do ônus indevido em nada se difere dos mais diversos estabelecidos pela Corte em outros casos e nas leis, sendo plenamente útil em casos concretos.

Não houve qualquer alteração de fatores legais ou factuais que afastem aquilo que foi analisado nos casos, de forma que a consideração acerca das implicações sociais da gravidez e da sua importância frente ao interesse dos estados continua relevante e atual.

E, por fim, o direito fundamental ao aborto tornou-se uma importante ferramenta para o planejamento das pessoas, em especial das mulheres, que se tornaram mais capazes de viver de forma equânime ao poder controlar seus próprios corpos e, assim, sua vida reprodutiva. Ao caracterizar a preocupação com o valor social do aborto como “mera psique que preocupa a Corte”, ficou demonstrado o desinteresse da posição majoritária nos efeitos que *Dobbs* vai provocar na vida de incontáveis pessoas.

Para concluir, os dissidentes apontam que a afirmação de que a intenção era solucionar um debate social caloroso em nada se relacionava a uma tentativa da Corte de usurpar o interesse das pessoas de decidir sobre o tema, mas apenas reforçar a necessidade dos juízes de todas as instâncias de, a partir da lei, fazer cumprir aquilo que a Constituição considera correto.

A partir dos fundamentos apresentados, votaram contrariamente aos juízes da maioria e defenderam a manutenção dos precedentes firmados em *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey* e a declaração de inconstitucionalidade da lei do Mississippi.

3.4. Decisões norte-americanas na perspectiva do marco teórico de Dworkin

Apesar da obra *Domínio da Vida* endereçar apenas a decisão em *Roe*, haja vista a publicação no mesmo ano de *Casey* e 30 anos antes de *Dobbs*, sua análise acerca do que direciona as pessoas e, no caso da Suprema Corte, os juízes a decidir de forma positiva ou negativa ao direito ao aborto era e ainda é perspicaz. Ademais, é indubitavelmente útil para a compreensão de um padrão argumentativo e do que veio a prevalecer nos 50 anos em que o aborto passou a ser analisado na SCOTUS.

É possível reunir, de um lado, os votos majoritários de *Roe* e *Casey* e a dissidência formada em *Dobbs*. De outro lado, reúnem-se as dissidências dos dois primeiros casos e a maioria do mais recente. Mister apontar, assim como fez Dworkin, que uma divisão estanque de dois lados é mero instrumento para facilitar a análise, pois, como será abordado no breve apanhado teórico a seguir, ambos os lados atuam da mesma forma em certos aspectos.

Tanto os juizes conservadores quanto os juizes liberais, conforme classificou o autor norte-americano, assumem a complexidade do tema em razao das mais fortes conviccoes que uma pessoa carrega ao longo da sua vida, pois entendem e concordam que a potencial vida que esta em jogo tem, ao fim e ao cabo, um valor intrinseco. Nessa linha, ainda sao consonantes ao afastar do debate juridico a teoria da vida, isto e, a de que um feto, desde sua concepcao, e uma pessoa constitucionalmente protegida. Assim o fazem pelo mesmo motivo que Dworkin expressou: nao ha consenso em qualquer area da ciencia e apresenta abstracao que afasta sua utilidade. A objecao que predomina e, portanto, a independente.

A divergencia entre aqueles que ocupam os cargos na Suprema Corte surge, entretanto, no sopesamento daquilo que e considerado mais valioso para avaliar a santidade da vida humana e no metodo de analise do texto constitucional.

Durante *Roe* e *Casey*, alem da dissidencia formada em *Dobbs*, os *justices* demonstram de forma expressa o reconhecimento do interesse estatal de proteger a vida da mae e do feto, mas enxergam nas questoes sociais, economicas e psicologicas que uma gravidez forçada proporciona algo tao ou ainda mais gravoso que o encerramento precoce de uma vida em potencial. Assim como citado anteriormente, a preocupacao e claramente “mais com as vidas que as pessoas levam agora, vidas reais, do que com a possibilidade de outras vidas ainda por vir” (Dworkin, 2019, p. 138).

A partir de tal compreensao, defendem os liberais que carregar uma vida influenciada por obrigacoes externas de quais devem ser suas escolhas apesar das proprias conviccoes, em especial quando relacionada a santidade da vida e ao possivel descarte de sonhos e investimentos humanos, nao e algo que pode ser interpretado como presente naquilo que a Constituicao prevê como liberdade.

A Constituicao e, nessa visao, de principios e carrega um conjunto de artigos escritos de forma branda e subjetiva de forma proposital, justamente para proporcionar a sociedade a capacidade de interpretá-la por meio de seus valores sociais correntes. A partir disso, a Suprema Corte firmou precedentes que compreenderam, através das emendas constitucionais, aquilo que chamou de autonomia procriadora, proveniente da privacidade e liberdade

amplamente compreendidas. O que está em jogo é a garantia que uma mulher possa levar sua vida com dignidade e por suas próprias escolhas, o que seria um direito fundamental.

A interferência estatal, muitas vezes justificada pela vontade popular, não é algo que pode ser caracterizado como legítimo em todas as oportunidades, em especial quando interfere em questões que fazem parte de crenças particulares pessoais tão valiosas e essenciais. Dworkin defende, nesse sentido, que a imposição de uma via como correta pelo estado seria como implementar uma religião, uma crença pessoal a todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico.

A interferência, admitem os juízes liberais, é sim prevista na Constituição, em vista de um interesse social e do fato de que nenhum direito tem caráter absoluto, mas essa deve ser regulada a partir de um teste de razoabilidade e interesse legítimo restrito. Definiu-se primeiramente o trimestral e, posteriormente, o do ônus indevido. O que pretenderam os juízes em *Roe* e *Casey*, ao fim e ao cabo, foi a promoção da responsabilidade e não da coerção nas decisões sobre realizar ou não a interrupção da gravidez.

Em contraste, a parcela que antes formava a dissidência e passou a ser, em *Dobbs*, a maioria, realizou seus julgamentos de forma bem diferente. A santidade da vida humana, a partir do que argumentam, é mais gravemente ameaçada quando se está em análise a morte, o fim prematuro. Aquilo que a Corte classificou como “psique da sociedade”, leia-se fatores sociais e psicológicos, fica em segundo plano frente à perda de investimento humano, natural ou divino proveniente da interrupção da gravidez.

Diante disso, um aborto não pode, de qualquer forma, se relacionar aquilo que a Constituição prevê como privacidade e liberdade, pois seria uma espécie de direito *sui generis*, isto é, diferente de qualquer outro que pode ser encontrado no ordenamento, pois envolve a questão da perda de uma vida em potencial. Defendem os juízes conservadores que estender a liberdade e privacidade, mesmo a apontada autonomia, ao poder de interromper uma gravidez é ignorar o que significam essas palavras.

Deve-se realizar, para tal concepção, uma interpretação voltada para a linguística das palavras contidas no texto constitucional, a partir daquilo que está exposto e também implícito, a última capturada ao compreender-se a intenção original daqueles que formularam

as normas. Dworkin assim explica, conforme demonstrado no capítulo sobre seu livro, que para essa concepção, cunhada de revisionista, as normas constitucionais são “mensagens decodificadas, ou como afirmações cifradas de acordos históricos muito concretos e detalhados” (Dworkin, 2019, p. 179).

Para os revisionistas, a Corte deve se limitar a interpretar aquilo que chamam de constituição de detalhes. Para tal, em todas as suas manifestações na Suprema Corte, expressaram a necessidade de, não estando o aborto expressamente afirmado, analisar a história e o contexto do texto original e suas emendas para o encontro das raízes da tradição americana.

É verdade que os liberais também se aventuraram em observar a história, mas a preponderância, ou melhor, a máxima necessidade, expressa em *Dobbs*, de comprovação de que o aborto estava no imaginário dos constituintes para que possa ser garantido como um direito fundamental, mesmo 200 anos atrás, comprova aquilo que Dworkin afirmava em sua obra.

Ainda, a posição atualmente majoritária buscar escapar da contradição exposta por Dworkin em relação à concepção originalista, pois essa não conseguiria explicar, por exemplo, qual a razão pela qual a segregação racial seria considerada vedada ou o casamento interracial permitido pelo legislador de 1789, época de imensa separação entre a população branca e preta, mas o aborto, todavia, também não pertencente às “tradições norte-americanas”, não o seria. Apela, em vista disso, para a afirmação de que o aborto é um direito muito diferente pois envolve o fim de uma vida, e também de que aquilo compreendido em *Dobbs* não pode, enfatizam, ser interpretado para questionar outros direitos baseados nos mesmos precedentes de privacidade ou liberdade.

Além disso, assim como o autor aponta, as decisões contrárias ao aborto muito parecem se escorar na opinião pública e política, apesar de afirmações em sentido contrário. Em diversos momentos a posição majoritária estampou algo muito dito pelos que argumentam contrariamente a *Roe*, de que seria o dever da Corte devolver o poder ao povo e a seus representantes. Reconhecem, nesse sentido, mediante a impossibilidade de encontrar o aborto na Constituição, que cabe a maioria definir aquilo que deve ser regulado na matéria, mas não admite que isso seria a imposição injusta de crença. Argumentam que, na verdade, se trata de

permitir que sejam garantidos bens de interesse legítimo do estado, como a proteção da vida em potencial.

Mediante uma análise linguística e originalista restrita, apontam, ao fim, para a ausência do aborto nas raízes culturais americanas. Deve-se, assim, aplicar o método mais simples de análise de constitucionalidade para leis dessa natureza, pois não restringem direitos fundamentais. Devem as leis passar por mero teste de racionalidade, pelo qual possuem pretensão de validade.

Aqui, a coerção é vista como método eficaz de garantia daquilo que a Constituição, ou melhor, os autores originais, realmente gostariam e também do que a maioria acredita ser correto. Como afirmam os dissidentes de Dobbs, ignora-se a realidade e a Corte se restringe ao que o passado e os textos podem contá-la.

4. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No presente capítulo, o trabalho irá enveredar para algumas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da temática, com a análise de seu contexto e da fundamentação apresentada pelos Ministros. Assim como no capítulo anterior, será emprestado maior foco aos votos majoritários, mas a dissidência também será abordada para a melhor compreensão do cenário constitucional brasileiro.

Para escolher as decisões, levou-se em consideração a concisão do trabalho e a relevância para o tema.

Os *habeas corpus* a seguir, quais sejam o 84.025, de 2004, e o 124.306, de 2016, trata-se de oportunidades em que o STF concedeu ordem favorável à realização do aborto devido aos princípios de liberdade e dignidade da mulher.

A ADI 3.510, de 2008, foi caso de grande repercussão à época, onde ficou permitida a realização de pesquisas em células-tronco embrionárias, em especial por não representar a violação do direito à vida. Apesar de não diretamente relacionado à interrupção da gravidez, o Tribunal faz imperiosas ponderações acerca da tutela da vida pela Constituição e ainda cita, mesmo que brevemente, a questão do aborto.

Ademais, a ADPF 54, de 2012, seja talvez a mais importante das decisões a serem analisadas, em razão de ter reconhecido, após mais de 70 anos, nova hipótese de excludente de ilicitude além daquelas previstas no art. 128 do Código Penal, qual seja em caso do feto anencefálico. No mérito, o Supremo Tribunal Federal fez longa análise acerca do sistema de direitos fundamentais garantido pela Constituição de 1988 e buscou nele os fundamentos para garantir a possibilidade de uma mulher interromper a gravidez nessa nova circunstância.

Por fim, será feita breve explanação do que se trata a ADI 5.581, de 2020, e a ADPF 442. A primeira nem mesmo teve seu mérito resolvido, mas há consideração importante e recente daquilo que um dos Ministros do STF acredita sobre o aborto, e a segunda teve seu julgamento recém iniciado, mas pode representar, em um futuro próximo, a maior ruptura no ordenamento jurídico brasileiro na seara dos direitos reprodutivos da mulher.

4.1. HC 84.025 - 2004

4.1.1. Contexto e ação na origem

No princípio, uma mulher de nome Gabriela Oliveira Cordeiro, com 18 anos de idade, buscou, com auxílio da Defensoria Pública, uma tutela jurisdicional no Juízo Criminal de Teresópolis, cidade em que residia, para obter a autorização judicial para que pudesse realizar, por meios lícitos e conforme recomendações médicas recebidas, o procedimento de aborto, em razão da constatação de que o feto que era portador de anencefalia, ausência de calota craniana e cérebro rudimentar.

O juiz de direito de Teresópolis indeferiu, de forma preliminar, o pedido de Gabriela, em razão de não se tratar de aborto descrito em uma das exceções previstas no art. 128 do Código Penal, quais sejam, vale relembrar, para salvar a vida da mãe ou quando a gravidez resulta de estupro.

O Ministério Público, a partir de parecer favorável à realização da operação, recorreu da decisão por meio de Recurso de Apelação, o qual foi distribuído à Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Após a distribuição, a desembargadora relatora Gizelda Teixeira, proferiu decisão monocrática liminar, no sentido de permitir a realização do aborto, em razão do sofrimento da mãe e da inevitabilidade da morte de seu filho.

Insatisfeitos com a decisão, dois advogados estranhos ao processo, Carlos Brazil e Paulo Silveira, interpuseram agravo regimental. O agravo foi recebido pelo Presidente da Segunda Câmara Criminal, ocasião em que proferiu decisão no sentido de suspender a eficácia da liminar. Dias depois, o colegiado desproveu o recurso e manteve a decisão autorizativa do aborto.

Contudo, no mesmo dia em que recebido o agravo regimental no TJRJ, o padre Luiz Carlos Lodi, da Associação Pró-Vida, impetrou, em favor do feto, um *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) visando desconstituir a decisão liminar carioca. O feito foi distribuído à Ministra Laurita Vaz, a qual, no mesmo dia em que o colegiado da Segunda Câmara negou o agravo regimental, proferiu liminar no sentido de sustar a decisão que autorizou o aborto. A decisão final veio a ser tomada apenas 3 meses depois, quando se confirmou a liminar de Laurita e foi concedida a ordem para reformar a decisão do TJRJ e proibir a realização do procedimento abortivo.

De tal ordem judicial, por fim, a senhora Fabiana Paranhos e outras associações de direitos humanos e de gênero impetraram, em favor de Gabriela, *habeas corpus* ao STF, em razão de coação por parte do STJ, no sentido de impedir a liberdade de antecipação do parto no caso, da incoerência do crime de aborto, da necessidade de tutela da saúde da paciente e de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

4.1.2. Voto do relator

Logo de início, o Ministro Relator Joaquim Barbosa pondera que a decisão do STJ não levou em conta, em momento algum, a existência de direitos além daqueles apontados em favor do feto, de forma que os tratou de forma a excluir diretamente a liberdade e a saúde constitucionalmente garantidas à gestante. Ao conceder ordem negativa ao aborto no caso, ficou patente a constatação de que a liberdade de Gabriela foi ameaçada e, assim, é cabível o *habeas corpus*.

No mérito, constatou primeiramente a nulidade do acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ. No caso, conforme narrado na contextualização, houve a interposição de agravo regimental por terceiros sem legitimidade ou qualquer interesse na demanda, a concessão de decisão suspensiva pelo Presidente da Câmara Criminal – o que representou uma invasão de

competência –, e, ainda, o Superior Tribunal julgou *writ* referente a decisão que ainda estava no escopo de competência do TJRJ. Assim, independentemente de concordar ou não com a decisão carioca, nem mesmo poderia ter sido conhecido o *habeas corpus* impetrado anteriormente. Desse cenário, Barbosa constata:

Parece-me evidente que nenhuma dessas peripécias processuais exóticas teriam ocorrido se estivéssemos diante de questão desprovida, de paixões, de convicções filosóficas, morais e políticas arraigadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 84.025/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004, p. 343).

Passada a questão da nulidade do acórdão, o Ministro afirma que o mérito abrange ainda duas questões principais: o respeito à autodeterminação da gestante, proveniente da liberdade; e o estudo dos diferentes níveis de proteção da vida humana pelo direito penal.

Acerca da autodeterminação da gestante, demonstrou que, à primeira vista, o caso parece considerar o conflito entre o direito à vida do feto e a liberdade e intimidade da gestante que pretende encerrar sua gravidez. Porém, a peculiaridade dos fatos narrados torna imperiosa a compreensão acerca de quais são as implicações para sopesar esses direitos frente a impossibilidade total, segundo a medicina, de sobrevivência do feto após o nascimento.

Nesse cenário, apesar de o aborto impedir um nascimento com vida, Barbosa aponta como imperiosos também os sentimentos que os pais, em especial a gestante, são submetidos após o diagnóstico de uma deficiência tão grave, como “culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração” (Brasil, 2004, p. 349), que dirá com a decisão de interromper a gravidez diante da impossibilidade de fugir da frustração da vida do filho.

Ademais, pondera também acerca das exceções previstas no Código Penal de 1940. Nelas, segundo o magistrado, são previstas ocasiões em que o ordenamento permite à mulher o exercício de sua autonomia e liberdade de seu próprio corpo mediante excludentes de ilicitude, não se tratando, por óbvio, de ordens para abortar. A partir de princípios que daí podem se extrair, o Ministro entende que a interrupção da gravidez, mediante a inviabilidade de vida extrauterina do feto, deve ser permitida em razão da prevalência da liberdade constitucionalmente garantida à mulher, de forma que essa possa “escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal” (Brasil, 2004, p. 349).

Ressalta, ainda, que a legítima pretensão de uma mulher de ter sua decisão – quanto a continuar, ou não, sua gestação – respeitada provém de direitos reprodutivos que são essencialmente protegidos pela Constituição, em especial a partir dos direitos fundamentais de liberdade e autodeterminação. Nas mesmas vias compreendeu a Suprema Corte dos EUA em *Roe*, cita o Ministro.

Em se tratando dos níveis de proteção da vida humana, apontou Barbosa que o STJ fundamentou a ordem em desfavor do aborto em razão da proteção conferida pelo direito penal à vida do nascituro e também pelo fato do “aborto eugênico”, como classificou o Tribunal *a quo*, não estar previsto como excludente de ilicitude no ordenamento.

Por esse ângulo, que o Ministro classificou como positivista, foi feita a observação de que o próprio ordenamento jurídico confere diferentes níveis de proteção da vida, em especial ao, por exemplo, delimitar penas substancialmente diferentes para os crimes de aborto e do homicídio. O mesmo ocorre, defendeu o juiz, na proteção do feto. O objeto jurídico daquilo que prescreve o art. 124 do Código Penal é o feto com vida em potencial, o que torna clara a necessidade de separação entre a situação do feto em desenvolvimento das situações em que está biologicamente morto ou, ainda, em que está biologicamente vivo e juridicamente morto, justamente como o anencéfalo. Assim, conclui:

O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 84.025/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004, p. 360).

Ao fim, quanto ao fato de o “aborto eugênico” não estar presente no rol das hipóteses permissivas, disso se extrai que se trataria de comportamento atípico, nem mesmo havendo um ilícito penal em análise. Assim entende não somente a partir do exposto, mas porque a sua ausência na lei de 1940 é justificada, defende, por mera limitação tecnológica no período para o diagnóstico de inviabilidade de um feto. O que não se justifica, aponta o Ministro, “é o argumento fundamentalisticamente positivista utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça” (Brasil, 2004, p. 361).

A partir dos fundamentos apresentados, o Ministro Relator Joaquim Barroso concedeu a ordem, de forma a cassar a decisão proferida pelo STJ e, por conseguinte, permitir que a paciente Gabriela Oliveira pudesse optar sobre, assistida por um médico, interromper sua gravidez.

Apesar do voto, a efetividade não foi levada à cabo, tendo em vista que, como expresso em Esclarecimento, em decorrência das diversas irregularidades perpetradas, o caso levou demasiado tempo para ser resolvido e o parto, proveniente de uma gravidez de 8 meses, já havia acontecido e a criança dele proveniente sobrevivido por apenas 7 minutos.

Assim, não restou alternativa fora a configuração de prejudicialidade do *habeas corpus*.

4.2. ADI 3.510 - 2008

4.2.1. Contexto

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, visando a declaração de incompatibilidade da integralidade do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105/05³⁰, apelidada de “Lei da Biossegurança”, com a Constituição. Em apertada síntese, o artigo regulamenta a utilização de células-tronco embrionárias obtidas a partir de embriões humanos criados em procedimento de fertilização artificial, *in vitro*, e não utilizados no procedimento de produção assistida, desde que respeitados certos requisitos.

Alegou o Procurador, para tanto, a incompatibilidade do uso de embriões humanos artificiais em tal medida com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, ambos garantidos constitucionalmente ao embrião, que seria uma vida humana – que afirma existir desde a fecundação.

4.2.2. Posição majoritária

No princípio do voto acompanhado pela maioria, o Ministro Relator Ayres Britto constata, a partir das fontes médicas que consultou e que a ele foram apresentadas em audiência pública e outras oportunidades, que o procedimento de uso das células-tronco,

³⁰ Lei Federal nº 11.105/05, art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições [...].

obtidas por meio de embriões artificialmente criados, significa um valioso avanço científico voltado ao tratamento de diversas doenças e outros tipos de traumas que afligem as vidas humanas. Denota, com isso, aquilo que a literatura especializada chama de medicina regenerativa, a partir de uma terapia celular.

Constata-se, para Britto, que a lei se origina de um ponto muito distante daquilo apontado pelo representante do Ministério Público Federal, pois, ao invés de buscar arbitramentos em uma área que envolve matérias tão sensíveis e religiosas, parte do pressuposto de proteger a dignidade intrínseca que carrega a pessoa humana, mediante o uso das melhores técnicas possíveis para a recuperação da vida das pessoas.

O Ministro inicia, a partir dessa linha, com a explicação acerca do que se referiu a “pessoa” anteriormente apontada. Conforme expressa o Código Civil, o ordenamento brasileiro adota a teoria natalista da aquisição da personalidade, de forma que aquilo que ele considera como “indivíduo-pessoa” (Brasil, 2008, p. 163) é alguém que “não precisa mais do que sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica” (Brasil, 2008, p. 162).

O entendimento que adota, prossegue, não se encontra inadequado com o texto constitucional. Na verdade, o constituinte originário não se desincumbiu do papel de definir a etapa em que a vida humana é iniciada, nem mesmo trata de formas de vida prévias ao nascimento. Exemplifica que as garantias de dignidade da pessoa humana ou de livre exercício de direitos individuais não se referem, no melhor entendimento, àqueles que ainda não são, como denomina, indivíduos-pessoa.

Dessa forma, a Constituição não garante, de forma automática, uma tutela para todos os períodos em que existe uma vida humana. Fica afastada a discussão de como começa a vida, mas a proteção de um ser pré-natal pode se extrair por outra via. Cita, nesse sentido, o ideal de Dworkin, em *Domínio da Vida*, de que a valorização de uma vida, seja ela concreta ou potencial, varia a partir da quantidade do investimento natural e pessoal nela empregada. O ponto principal da ação seria, portanto, a partir dessa ideia, compreender a extensão que o princípio da dignidade da pessoa humana pode transbordar para além do indivíduo-pessoa e chegar, ao fim, em qualquer processo que nele deságue.

Por meio de tal preceito o Código Civil ressalva os direitos do nascituro e o Código Penal criminaliza a prática do aborto, fora as exceções já conhecidas. Para tanto, contudo, é necessário que exista um vínculo, uma relação de causa e efeito, entre a fertilização de um óvulo feminino e a possibilidade de uma progressão até o nascimento, o que somente pode ocorrer, defende, dentro do corpo da mãe, não em um instrumento de laboratório. Não se trata aqui, Ayres Britto reforça, de reconhecimento pelo ordenamento brasileiro de uma vida humana, mas da dignidade daquilo que possui uma vida em potencial, da diferenciação do que é um embrião, um feto e uma pessoa.

Na ótica das ponderações feitas, apesar da lei não conceituar especificamente os termos a que se refere, a sua interpretação deve presumir que foram recepcionados os ideais do ordenamento e da ciência que a embasa. Por meio dela, torna-se cristalino que os embriões a qual se referem para extrair as células-tronco são produzidos artificialmente, *in vitro*, não a partir de uma relação sexual e, assim, ao abrigo do corpo da gestante. Em não havendo a implantação em uma mulher, não há no que se falar em uma espécie de embrião que pode transformar-se em vida, do que se propõe que “se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana” (Brasil, 2008, p. 177).

Não é possível caracterizar, a partir de um embrião insuscetível de progressão reprodutiva, hipótese de incidência das normas criminalizadoras do aborto.

Ao fim, a partir do que considerou como papel importante da lei e de sua representação de um espírito fraternal, que pretende solucionar infortúnios de saúde alheios, Ayres retoma o preceito principal para encerrar seu voto:

[...] se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008, p. 202).

Julgou, por todo o exposto, integralmente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, mantendo a eficácia integral do art. 5º da Lei de Biossegurança.

A posição foi acompanhada pela maioria, que julgou a ação nos termos supracitados.

4.2.3. Posição dissidente

Entre os dissidentes, destaca-se aqui o Ministro Ricardo Lewandowski. De início, o Ministro lança dúvida quanto às pesquisas com células-tronco, pois levam, obrigatoriamente – apesar da argumentação de que não se trata de pessoas no sentido jurídico –, à destruição de um organismo vivo. Os resultados inesperados de uma pesquisa dessa natureza podem colocar em risco, afirma, a própria espécie humana como conhecemos. A pesquisa enseja, ainda, questionamentos a respeito da natureza da vida humana, dos limites da manipulação genética e ainda o significado de uma vida em sociedade.

Aponta que a questão do começo da vida é tema muito subjetivo e delicado, haja vista que se relaciona às convicções filosóficas, religiosas ou científicas de cada pessoa. Assim, acredita que ao Judiciário não cabe debater tema tão tormentoso, devendo ficar resguardado às instituições acadêmicas e escolas dedicadas à religião.

Contudo, fundamenta que, do ponto de vista puramente positivista, há fortes razões para que seja adotada a tese de que a vida tem início a partir da concepção, em especial pelo Brasil ter ratificado o Pacto de São José da Costa Rica. Contando com caráter supralegal, o tratado adota o entendimento de que a vida começa com a concepção, sem ressalvas quanto a ser *in utero* ou *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário deixar de protegê-la em situações excepcionais. Mesmo que assim não fosse, a proposição do Código Civil de que o zigoto ainda não é uma pessoa não pode afastar que o ordenamento deve conferir-lhe tratamento digno, mesmo que estejam em tubos de ensaio. Afinal, mesmo cobaias de laboratório são protegidas.

Outrossim, a proteção da vida em voga deve ser estudada a partir de uma perspectiva de que é bem coletivo, composto por um valor transindividual que pertence a sociedade como um todo, não somente a determinados indivíduos. Sem isso, a discussão leva a posições maniqueístas sobre o começo da vida ou sobre o que é ser pessoa e, assim, insatisfatórias.

A partir disso, mister considerar a precaução no campo de saúde pública e ainda a ponderação de que o zigoto pode ser protegido a partir da dignidade humana, que governa as relações de poder do Estado com os cidadãos e também representa um imperativo categórico que é dotado de plena eficácia jurídica.

Defende, por conseguinte, que os embriões criados artificialmente devem ser limitados em um número que respeite os princípios constitucionais arguidos e, em técnica de reprodução assistida, se limitar a pré-embriões que sejam indispensáveis para a fecundação.

Outrossim, a dignidade deve atuar para que o descarte, previsto na lei, de embriões criopreservados seja impossibilitado, pois a vida humana, que ali merece proteção, não perece ante à critérios tão subjetivos quanto à viabilidade de vida ou interesse dos pais, sob pena de criar até mesmo uma espécie de eugenia legal.

Por fim, opina que os doadores de material genético recebam informações precisas e leais acerca do que ocorrerá com os embriões destinados à pesquisa, para que tenham ciência das consequências éticas, jurídicas e sociais que da doação decorrerão. A mera anuência, conforme dispõe o artigo sob análise, não se encontra compatível com o postulado da dignidade humana.

A partir de todo o exposto, o Ministro Lewandowski julgou procedente em parte a ação, com o fim de interpretar os artigos, em suma, com uma limitação de produção de zigotos ao estrito necessário à reprodução assistida, o impedimento de descarte de embriões criopreservados e a necessidade de prestação de dados informativos aos doadores.

4.3. ADF 54 - 2012

4.3.1. Contexto

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou, em 2004, ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o STF, em nome dos interesses dos profissionais de saúde que integram a associação, em desfavor da interpretação dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal que, em síntese, tenda a incluir a proibição de antecipação terapêutica do parto em caso de diagnóstico de anencefalia do feto. Não se trata, afirmam, de espécie de aborto.

Alegam que os artigos assim apresentados legitimam uma lesão ao fundamento da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)³¹, aos princípios constitucionais da liberdade, legalidade e autonomia (art. 5, II, CF/88)³² e ao direito à saúde (art. 6 e 196, CF/88)³³.

Dessa forma, a CNTS requereu a concessão de decisão pelo Tribunal no sentido de declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos penais supracitados que criminalize a interrupção prematura da gravidez em caso de feto anencéfalo, com o reconhecimento de tal direito subjetivo à gestante para que realize a operação sem a necessidade de autorização judicial ou de qualquer outro tipo.

Em 2008, foi promovida audiência pública, com sessões em 26 e 28 de agosto e em 04 e 16 de setembro, "visando a proporcionar a participação [...] das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos" (Brasil, 2012, p. 19).

A Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Macedo Duprat, apresentou parecer de acolhimento ao pedido, a partir da ponderação dos interesses da mulher em face de um feto inviável e a compreensão de que o direito à vida não resta violado na antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo em razão de sua incompatibilidade com a vida extrauterina.

4.3.2. Posição majoritária

No princípio do voto que foi acompanhado pela maioria, o Ministro Marco Aurélio afasta uma ideia que tomou grande repercussão popular à época, em especial pelo papel da mídia, qual seja a de que o Supremo iniciaria um julgamento acerca da descriminalização do aborto. Daí surgem duas questões que devem ser afastadas.

³¹ CRFB/88, art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

³² CRFB/88, art. 5º [...]. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

³³ CRFB/88, art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015); art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A primeira em relação à suposta declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos penais de forma abstrata, o que não seria verdade pois a ADPF em voga almeja somente que eles sejam interpretados conforme a Constituição – isto é, não se discute qualquer exclusão do tipo penal do aborto do ordenamento.

A segunda, ainda mais imperiosa, é de que não se trata de uma hipótese de aborto, como posteriormente fundamentaria, mas de antecipação terapêutica do parto. Além de rejeitar o termo de “aborto eugênico”, por carregar em si um viés ideológico indiscutível, defende que se trata de procedimentos divergentes. O aborto, por um lado, se trata de antecipar o parto de um feto considerado sadio, o que levaria a ponderação dos direitos do feto, em especial à vida, frente a autonomia e liberdade da mãe. Por outro lado, a antecipação terapêutica do caso explica a interrupção de uma gravidez em que o feto foi diagnosticado com anencefalia, resultando em um questionamento acerca de quais seriam as justificativas para obrigar a mãe a prosseguir com uma gestação de um ser sem vida potencial.

Assim, antes de adentrar em cada fundamento, adianta sua posição:

[...] a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa (Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012, p. 34).

O Ministro fundamentou a negativa afirmada a partir, inicialmente, da laicidade da república brasileira. Assim como consagrado como princípio constitucional na Carta Magna dos Estados Unidos do Brasil de 1891, o Estado nacional tem em sua tradição, desde então, a secularização dos poderes, isto é, a ampla separação, ao menos oficialmente, entre as órbitas religiosas e as políticas e jurídicas.

A Constituição Cidadã não foi diferente. Consagra, a partir do art. 5º, VI³⁴ e do art. 19, I³⁵, respectivamente, a liberdade religiosa e a laicidade do estado brasileiro. Apesar do

³⁴ CRFB/88, art. 5º [...]. VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

³⁵ CRFB/88, art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

preâmbulo mencionar “Deus”, esse não contém qualquer força normativa, então não há conclusão diferente a ser tomada exceto a de que vivemos em uma sociedade em que a tolerância religiosa deve imperar ou, ainda melhor, onde o Estado não é religioso ou ateu, apenas neutro.

Os dispositivos constitucionais atuam, argumenta Marco Aurélio, não somente para garantir que uma pessoa possa professar sua fé sem intromissão externa, mas também para tornar evidente àqueles dotados de poder a obrigação de que tomem decisões de forma alheia a convicções de cunho religioso, ou à ausência delas, sejam elas majoritárias ou minoritárias. A concepção da laicidade que afasta do Estado a capacidade de endossar crenças é ainda mais imperiosa no momento de interpretar os direitos fundamentais centrais da ADPF, como a liberdade, autonomia e vida, sendo, portanto, premissa essencial.

Afastada a religiosidade da questão, Marco Aurélio conceitua, a partir de bibliografias médicas e de dados trazidos pela audiência pública, que a anencefalia “consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária” (Brasil, 2012, p. 44), característica que torna um feto com essa anomalia, em decorrência da irreversível ausência de atividade cortical, para os especialistas, um morto cerebral, mas com respiração e batimento cardíaco.

Trata-se, então, de malformação letal que coloca o feto anencefálico em contraposição ao feto sadio. Enquanto esse tem a presunção de que proverá de uma vida em potencial, aquele tem presunção de inexistência de vida extrauterina, uma “morte segura” (Brasil, 2012, p. 46). Mesmo com alegações no sentido de que há sim uma compatibilidade com a vida, haja visto que fetos anencéfalos podem respirar e ter batimento cardíaco por um breve período, não é possível afastar a morte cerebral ali presente. Não haverá, em qualquer fração de tempo, um sistema nervoso central que sustente uma consciência, cognição, vida relacional ou qualquer outro tipo de emoção.

Sendo assim, resta ainda mais clara a impossibilidade de admitir a hipótese de legalização de um aborto eugenista, termo referente aos métodos nazistas abjetos, o qual prezava pela desvalia da vida de seres que se encontram fora dos padrões imoralmente eleitos pela coletividade. Não é possível pois a anencefalia não é, como afirmam aqueles contrários

ao pedido do caso, uma deficiência de natureza grave, mas uma condição letal. Não há negação de direito à vida, à igualdade e inclusão social ou de quaisquer direitos da criança e do adolescente a partir do momento em que o feto nem mesmo viverá ou se desenvolverá de fato. Na inexistência de qualquer possibilidade de vida extrauterina, portanto, não se cogita espécie de eugenia legal.

Antes de aprofundar-se na ponderação entre os direitos do anencéfalo, da sociedade e os da mãe, havia uma breve questão que o Ministro precisou adentrar: a da defesa de manutenção do feto para que seus órgãos fossem doados após o nascimento, assim como ocorre com pessoas plenamente desenvolvidas.

Mediante esse argumento eventualmente arguido, Marco Aurélio aponta impedimentos óbvios, quais sejam a dignidade e liberdade da mulher sobre seu corpo e a imensa dificuldade de aproveitamento dos órgãos de um feto, que dirá daquele diagnosticado com uma condição tão grave.

Nesse sentido, aponta que Kant propunha que o homem – que deve ser lido como sinônimo de pessoa, não indivíduo do sexo masculino – é um fim em si mesmo, não um objeto a ser arbitrariamente manipulado por outros. Propor a obrigatoriedade, sob pena de cometimento de ato tipificado como crime, de manutenção de uma gravidez para o futuro aproveitamento de órgãos do nascituro não objetifica apenas o feto, mas, principalmente, a mãe, que passa a ser utilizada como mera máquina de produção de órgãos doáveis.

Além de afastar a perspectiva utilitarista, ainda expressa o Ministro que, apesar de existência de resolução autorizando a prática de doações nesses casos, o parecer técnico que a baseou deixou cristalina a árdua tarefa de “aproveitar” os órgãos dos fetos diagnosticados com a anencefalia, pois esses comumente possuem ainda outras anomalias e órgãos menores do que os de nascituros saudáveis. Ademais, em razão de comumente falecerem com poucos dias de vida, os órgãos estão em hipoxemia, isto é, com falta de oxigênio em circulação, o que torna qualquer transplante com eles ineficaz.

Não pode, portanto, “a solidariedade [...] ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo” (Brasil, 2012, p. 54).

O Ministro pôde, enfim, adentrar na seara dos direitos constitucionalmente garantidos para fundamentar sua decisão. Assim como afirmou antes, os direitos envolvidos na ação devem ser analisados por uma ótica diferente daquela em que o contexto se relaciona com um feto sadio, motivo pelo qual passou a analisar a tutela jurídica que existe sobre a vida do nascituro diagnosticado com a ausência de parte do encéfalo e do crânio.

Concluiu-se, por essa linha, que o caso não representa qualquer contraposição real entre direitos fundamentais. De um lado há os direitos da mulher e do outro um feto anencéfalo que, conforme supracitado, é representação de uma antítese da potencialidade da vida, então carece de qualquer tutela jurídica aceitável, muito menos, claro, o direito à vida. A antecipação terapêutica do parto de um natimorto cerebral, nos termos da definição do Conselho Federal de Medicina, não se amolda ao tipo penal do aborto justamente pelo bem jurídico que o legislador de 1940 pretendia proteger, qual seja a potencialidade da vida, não se encontrar presente verdadeiramente – há, na verdade, uma conduta atípica.

Apesar de argumentações que apontem a literalidade do Código Penal para afirmar a impossibilidade de entendimento nesse sentido, Marco Aurélio traz à tona que o entendimento já era presente à época, como na obra de Nelson Hungria, em que a potencialidade da vida era ponto fulcral na interpretação dos arts. 124, 126 e 128 da lei. A falta de disposição expressa acerca da excludente de ilicitude relativa à interrupção voluntária da gravidez após o diagnóstico de anencefalia fetal representa, ao fim e ao cabo, mero reflexo da tecnologia e conhecimento médico do período, que não era capaz de diagnosticar mazelas como na modernidade.

Além de observar a interpretação do Código Penal, o Ministro levou à sua fundamentação aquilo que o Tribunal afirmou, em maioria, anos antes na ADI 3.510. Consoante o explanado no capítulo dedicado à ação nesta obra, apontou que os magistrados de 2008 corretamente proclamaram que a Constituição Federal não dispõe de qualquer tentativa de definir o momento em que a vida se inicia. Para mais, o apontamento ainda se desdobrou em outro: o texto constitucional, ao tutelar os direitos da pessoa humana e os direitos e garantias individuais, se refere a todo momento ao indivíduo-pessoa; fica ressalvado, porém, os direitos da potencialidade da vida, que, com essa característica, já é meritória de proteção estatal. Mediante o cenário da ADI 3.510, que diretamente auxilia no

juízo da ADPF, a incontestável ausência de perspectiva de vida de um feto anencéfalo afasta qualquer das duas tutelas constitucionais.

“Apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública” (Brasil, 2012, p. 58), o Ministro passa a ponderar sobre o direito à vida do feto anencéfalo, mesmo que quase inteiramente intrauterina, em face dos direitos da gestante.

Seja no caso que for, nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. Se assim não fosse, o Estado não permitiria, em circunstância de guerra declarada, que a pena de morte fosse aplicada (art. 5º, XLVII, CRFB/88)³⁶ ou que fosse excluída a tipicidade no caso de aborto humanitário e ético (art. 128, I e II, CP/40). Além da relatividade do direito, a vida comporta diferentes gradações no ordenamento a depender do desenvolvimento e investimento empregados, haja vista as diferentes penas cominadas para o homicídio e o aborto. De tais considerações, resta uma realidade:

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. [...] Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo (Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012, p. 60).

Os direitos da mulher, aponta o Ministro, provêm principalmente daquilo que a Organização Mundial da Saúde contempla como saúde. Além de mera ausência de enfermidade, pode-se dizer que uma pessoa é saudável quando constata-se bem-estar mental, social e, claro, físico.

No caso em voga, a manutenção da gestação de um feto anencéfalo representa graves riscos à saúde, seja mental ou física, da mãe e, assim, também aos seus direitos. No aspecto físico, apesar de admitir a controvérsia, Marco Aurélio considerou como confiáveis as informações prestadas pelos participantes das audiências públicas, as quais se inclinam ao fato de que, além dos riscos provenientes de qualquer gravidez, a gestação de um feto diagnosticado com tal condição letal pode levar a perigosas consequências à mãe, seja durante os meses de gestação, seja no parto.

³⁶ CRFB/88, art. 5º [...]. XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Psicologicamente falando, a obrigatoriedade imposta de continuar uma gestação após sua esperada cria ter sido diagnosticada com uma mazela irreversível representa, indubitavelmente, um forte golpe na família e ainda na mãe. Não se trata de uma gravidez com uma vida em potencial, onde o planejamento familiar guia, durante meses, os sentimentos e outros recursos com o objetivo de proporcionar uma vida digna ao novo membro da casa, mas de uma em que o resultado final não é outro além de uma morte prematura, provavelmente poucos minutos após o parto. São citados pelo magistrado, conforme médicos consultados, dolorosos sentimentos e consequências, como a depressão, estresse pós-traumático e até tentativa de suicídio, o que permite caracterizar a situação toda como uma tortura promovida oficialmente.

Em um contexto de sentimentos tão íntimos e intensos, não há qualquer justiça em uma imposição estatal que se baseia, assim como os opositores da ação afirmam, na proteção da mulher contra o remorso após a interrupção da gravidez. Cabe somente à mulher decidir, seja para interromper ou manter a gestação.

No fim das contas, o que se debate no Tribunal é a capacidade de autodeterminação, proveniente de sua liberdade, privacidade e dignidade da pessoa humana, da mulher frente ao contexto de que o feto que carrega não tem qualquer possibilidade de vida extrauterina, o que não pode ser variável a partir da escolha pretende tomar. Dessa forma, deve-se entender, defende o Ministro, que parece frente ao princípio da proporcionalidade uma medida que, à despeito dos interesses da mãe, protege somente um dos seres da relação.

Dessa forma, conclui:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República (Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012, p. 69).

Por meio do exposto, julgou integralmente procedente a ação ajuizada pela CNTS para declarar inconstitucional qualquer interpretação dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal tendente a caracterizar a antecipação terapêutica da gravidez de feto anencéfalo como um ilícito penal. O voto foi acompanhado pela maioria dos Ministros do Tribunal.

4.3.3. Posição dissidente

Entre os magistrados que se inclinaram no sentido de negar a procedência da ação, destaca-se o Ministro Cezar Peluso, conforme a apertada síntese a seguir.

No começo, afastou a aplicabilidade dos entendimentos firmados pela corte na ocasião da ADI 3.510, que, insta relembrar, tratou das células-tronco embrionárias. Diferentemente do antigo julgamento, onde ficou constatada a inexistência de vida humana em embrião excedente, nem mesmo implantado no útero, o presente trata de um feto que, apesar de defeitos genéticos graves, “inequivocamente” possui a “capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente” (Brasil, 2012, p. 378). Afinal, afirma a partir de raciocínio apresentado na audiência pública, só pode morrer o anencéfalo pois um dia pôde viver.

Passada a diferenciação do caso atual para a jurisprudência anterior, argumentou-se que são facilmente afastáveis também os princípios da autonomia da vontade, legalidade e de liberdade pessoal e religiosa para reger o caso. O Código Penal incrimina de forma indubitável qualquer interrupção da gravidez cometida de forma dolosa, não havendo cabimento, no juízo do Ministro, interpretação que se escorre na necessidade de potencialidade de vida extrauterina. Em assim sendo, o cometimento de um ilícito penal afasta, salvo disposição em contrário da lei, a esfera da autonomia e liberdade, especialmente em se tratando de uma vida que, independentemente de qualquer discriminação – como a promovida contra o anencéfalo –, deve ser protegida. Ainda, “mal-avisada, se não imprópria” (Brasil, 2012, p. 384) a invocação da liberdade religiosa, sob o risco de que, em último caso, justifique a defesa de uma religião demoníaca que preze pelo sacrifício humano apesar da legislação penal.

Ademais, deve o feto diagnosticado ser protegido de uma injusta morte pois é um sujeito de direito como qualquer outro, nascituro ou plenamente desenvolvido, a partir da proteção da vida garantida pelo Código Civil. O apontamento das diferenças das penas

cominadas para os crimes de homicídio e aborto não é régua aplicável, pois não demonstra verdadeiramente a valoração diferenciada do ordenamento quanto às vidas humanas, independente do período. Argumentar conforme defendem os autores da ação, fundamenta o Ministro, pode dar espaço, “com ligeiras adaptações, para a defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos” (Brasil, 2012, p. 387), divergindo apenas quanto ao tempo da execução.

Em razão da absoluta reprovação de ambos os delitos, fica clara a existência de uma tutela jurídica direcionada à vida, com inestimável valor independente de intra ou extrauterina, de longa ou curta duração. Assim como um doente em estado terminal, um feto anencéfalo deve ter sua vida preservada, o que não pode ser antagonizado por uma falsa piedade ou pelo pretexto de proteger outro ser humano. A morte é certa e inevitável, seja para um feto saudável ou não, assim como para todos, logo sua antecipação não se pode justificar, sob pena de legalização da eutanásia ou de práticas eugênicas.

Em existindo uma vida humana a ser protegida, fica clara, sustenta o Ministro Peluso, a impossibilidade de alegar-se tortura contra a gestante. A quantidade de dor e sofrimento, seja física ou mental, sofrida pela mulher não é razão suficiente para “autorizar a aniquilação do feto anencéfalo” (Brasil, 2012, p. 403). No caso da manutenção da gestação de feto anencéfalo, não há presença dos requisitos penais necessários de sofrimento injusto e intencional e de inflição proposital. O aborto proposto no caso é contrário ao ordenamento jurídico e ninguém pode ser apontado como autor do sofrimento, salvo o Estado – o que caracterizou como escolha cômoda – ou a própria natureza, que obviamente não pode ser responsabilizada juridicamente. Resta cristalina a diferença, aponta, para o aborto em caso de gestação proveniente de estupro, onde existe um terceiro provocador de dor injusta e que ameaça a dignidade humana.

Não se pode alegar corretamente o direito subjetivo de escolha, conforme expõe:

[...] a solução alvitrada, sobre apoiar-se nas impertinentes ideias de liberdade pessoal, inexistente quando se cuida da tipificação de crime, e de tortura, onde não há sofrimento injusto nem intencional, reflete apenas uma atitude individualista e egocêntrica, enquanto sugere prática cômoda de que se vale a gestante para se livrar do sofrimento e da angústia, sobrepondo ao sentido ético de respeito, que o pacto pressuposto instaurador da civilização e da cultura consagrou à vida humana, solicitações primitivas do princípio do prazer (Brasil. Supremo Tribunal Federal

(Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012, p. 406).

Por fim, rejeita ainda as alegações de risco à vida da mãe em razão da gravidez no caso de anencéfalo ser mais perigosa, em vista da já existente excludente de ilicitude penal para proteger a vida da mãe e da periculosidade inerente a qualquer gravidez, e aquelas que invocam os direitos sexuais e reprodutivos, os quais são estritos e jamais capazes de justificar a terminação voluntária de uma vida humana.

A partir dos fundamentos que apresentou, o Ministro Peluso votou pela improcedência integral da ADPF.

4.4. HC 124.306 - 2016

4.4.1. Contexto e ação na origem

Os pacientes da ação, Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida, junto a outros dois indivíduos, ora corréus, mantinham clínica que supostamente realizava procedimentos abortivos e, em 2013, foram presos em flagrante pelo cometimento dos crimes de aborto e associação criminosa.

Na época, o juiz de primeiro grau concedeu-lhes liberdade provisória, mas o colegiado da 4ª Câmara Criminal do TJRJ, em atendimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, decretou nova ordem de prisão, com fundamento na manutenção de ordem pública e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, em especial mediante suposta tentativa de fuga dos pacientes.

Contra o acórdão, a defesa impetrou *habeas corpus* ao STJ, o qual deixou de conhecer a ação, em razão da tentativa de substituir o recurso legalmente cabível e afirmou, ainda, a legalidade da prisão a partir dos elementos concretos e da reprovabilidade das condutas.

Por conseguinte, a defesa dos pacientes impetrou nova ação constitucional, agora distribuída à Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na qual alegou-se a teratologia do acórdão do STJ, haja vista que constituiu clara antecipação da pena, ignorou a inexistência de substratos que afastavam as condições favoráveis dos réus e o descabimento da prisão, pois eventual condenação levaria a regime mais brando que o fechado. Requereu-se, assim, a concessão de liminar para que fosse concedida a liberdade provisória aos pacientes e, ao fim,

fosse ela confirmada. A medida foi concedida e, na ocasião, estendida aos corréus Débora Dias e Jadir Messias.

4.4.2. Posição majoritária

O Ministro Luís Roberto Barroso, antes de adentrar no mérito de seu voto-vista, afastou o cabimento do *habeas corpus* no caso, em razão de que se passou por substitutivo do correto sucedâneo recursal contra acórdão do STJ, qual seja o recurso ordinário constitucional. Apesar do entendimento majoritário no sentido que, em casos de inadequação da via processual, o processo deve ser extinto sem o julgamento do mérito, passou a discorrer, em vista da “excepcional relevância” (Brasil, 2016, p. 11) da matéria, acerca dos motivos pelo qual, na forma do Código de Processo Penal, entende pelo cabimento de *habeas corpus* de ofício.

Em primazia, constatou a ausência de requisitos do art. 312 do CPP³⁷, que autorizam a decretação de prisão preventiva. No caso, inexistente qualquer motivação além da gravidade abstrata da conduta e da suposta tentativa de fuga de local. Ambos, aponta, não poderiam justificar a restrição da liberdade previamente à condenação, principalmente por ser medida excepcional que se aplica somente quando a liberdade dos acusados representa um risco à sociedade ou à instrução processual. Assevera-se ainda a positividade das condições pessoais dos agentes e que, mesmo em havendo condenação, cumpririam no máximo pena em regime aberto, pelo que resta clara a desproporcionalidade da custódia processual.

Por si só, a inadequação da medida pela ótica do processo penal seria suficiente para a concessão de ordem, mas o Ministro afirmou existir um fundamento ainda mais imperioso que pode justificá-la: a inconstitucionalidade da criminalização do aborto quando realizado no primeiro trimestre, tendo em vista que, logicamente, é necessária a configuração de crime para a decretação de prisão preventiva.

O bem jurídico central nos debates jurídicos e sociais acerca do aborto é a vida potencial do feto e a necessidade de sua proteção. Não obstante, para o Ministro, a criminalização do aborto quando realizado no primeiro trimestre representa graves ofensas a

³⁷ CPP/41, art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

direitos fundamentais das mulheres, além de representar, mediante a legitimidade de proteger o feto, uma medida desproporcional.

Barroso discorre brevemente, antes de adentrar especificamente nos direitos afligidos pela criminalização em voga, sobre o que pode ser entendido como direitos fundamentais. Provenientes de um período pós Segunda Guerra, em que o Estado passou a atuar de maneira mais presente para garantir os direitos de segunda geração, com especial foco na dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais “representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas” (Brasil, 2016, p. 14). Sendo assim, têm importante papel na defesa das minorias políticas, pois até mesmo restringe o poder dos legisladores de reformar a Constituição³⁸.

Apesar disso, no *habeas corpus* ficou evidente que o crime que deu início a toda prossecução penal atinge, primeiramente, o direito fundamental de autonomia da mulher – ou autodeterminação. Proveniente do núcleo de liberdade individual garantido pela dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República conforme o texto constitucional, o direito enuncia que cada um de nós tem um espaço pessoal, resguardado de agentes externos, no qual as convicções pessoais, religiosas, filosóficas e morais imperam. Em se tratando de prosseguir uma gravidez, a autonomia chega à questão de controle sobre o próprio corpo, do que a mulher pretende ou não fazer com ele. Sem isso, como é na intromissão existente do Estado, o que mais parece é que a mulher está sendo objetificada para tratar de um interesse coletivo, não pessoal e autônomo.

Nessa linha, a vedação corrente sem dúvidas impõe às mulheres uma violação de seus direitos, também fundamentais, sexuais e reprodutivos. Assim como reconhecem positivamente as mais variadas conferências acerca dos direitos humanos e também expõe o art. 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar dá às mulheres o poder de decidir acerca do período de suas vidas em que querem, isso se um dia quiserem, ter filhos, algo que deve ser garantido sem embaraços, especialmente os coercitivos.

Não se pode ignorar, prossegue Barroso, a longa história de opressão patriarcal, muitas vezes resumindo as mulheres a um papel de reprodutora da espécie humana. Ora, mesmo se

³⁸ CRFB/88, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

isso fosse, em alguma argumentação descabida, verdade, justamente pelo existente ônus de gravidez é que sua vontade deve prevalecer e seus direitos devem ser ainda mais protegidos. A igualdade de gênero, corolário do princípio da dignidade de pessoa humana e também expresso como direito fundamental na Carta Magna, resta diretamente quebrada pelas normas repressivas contra o aborto. Sua existência apaga aquilo que os registros de injustiça econômica e social apresentam, o que muito bem elucida o Ministro:

Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016, p. 20).

Ademais, pode-se apontar que a integridade física e psíquica feminina também é ameaçada no processo criminalizador vigente. Em um processo em que o direito à integridade do próprio corpo é deixado de lado, uma gravidez – a qual, indubitavelmente, acarreta alterações, processos e transformações que afetam a saúde de uma mulher – atua diretamente para que vidas sejam colocadas em risco. O que para algumas é considerado um presente divino, para outras se torna um presente de grego. O mesmo ocorre na esfera mental, pois além de preocupações relacionadas à saúde, a continuidade da gestação pode frustrar os planos, sonhos ou qualquer outro tipo de investimento humano empregado em vida, em decorrência de uma obrigação que nunca gostaria de ter que obrigar-se a assumir.

A fundamental proteção da saúde da mulher fica ainda mais evidente a partir dos impactos sociais que produz, reconhece o Ministro. É fato aferível que mulheres de classes menos abastadas tenham acesso mais dificultoso, ou mesmo nenhum, a atendimento médico e clínico particular, o que já as diferencia daquelas que têm meios financeiros de buscar, até mesmo fora do Brasil, auxílio para praticar o aborto. Nessas condições, a inviabilidade de realizar o procedimento na saúde pública torna as mulheres pobres ainda mais pobres, nesse caso de saúde e liberdade.

Em tal cenário, inexistentes são as dúvidas acerca dos efeitos que o impedimento de interrupção da gravidez, ao menos nos três primeiros meses, leva à mulher. Diante da necessidade de realizar um aborto, ela precisa tomar uma decisão inegavelmente trágica e, portanto, “não precisa que o Estado torne sua vida ainda pior” (Brasil, 2016, p. 16). A

negação dos direitos mais basilares e fundamentais escancara, ao fim, a desproporcionalidade da criminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação para a promoção de respeito à vida em potencial do feto.

Quando os direitos fundamentais entram em rota de colisão entre si, Barroso explica, é necessário sopesar aquilo que o Estado pretende proteger no caso concreto com a liberdade, valores, bens e direitos dos integrantes da sociedade. Classicamente, isso pode ser feito a partir de um teste de proporcionalidade, em sentido amplo. Por meio do teste, são analisados três subprincípios, quais sejam a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na perspectiva da adequação, cabe ao intérprete observar a capacidade da medida alcançar, de forma idônea, o objetivo visado. Nessa linha, a criminalização do aborto é tutela adequada para proteger a santidade da vida? Constata o juiz do Supremo Tribunal que as taxas de realização do procedimento abortivo são muito semelhantes entre países que o vedam e aqueles que não. Segundo um estudo da Organização Mundial da Saúde citado pelo magistrado, o efeito pode até mesmo ser o contrário do que é esperado: ocorrem mais abortos em países que o proíbem do que naqueles que o permitem.

A criminalização não importa somente pelo número, pois ela acarreta também na maior exposição da mulher a possíveis complicações de saúde, até mesmo a mortalidade. Fica clara a ineficácia, a inadequação da medida para proteger o feto, tornando-a mais simbólica do que efetiva. Na prática, o reflexo dos fatores apresentados sobre pessoas menos abastadas é ainda pior, as quais têm também menos poder político. Aqui, faz importante ressalva:

Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016, p. 23).

Já pela necessidade, resta sob análise o possível excesso da medida para alcançar o bem atingido. A proteção do feto por meio da vedação à interrupção da gravidez no primeiro trimestre é o meio menos restritivo à mulher? Conforme apontado, as estatísticas mostram que

a criminalização é meio nada efetivo e, ainda, restringe fortemente os direitos das mulheres, o que demonstra sua desnecessidade.

Assim, dever-se-ia promover um substituto, defende Barroso, como uma política de descriminalização do aborto nos estados iniciais, desde que preenchidos certos requisitos procedimentais que permitam uma decisão refletida da gestante, assim como ocorre em países desenvolvidos. Algo menos direto, mas imensamente importante, é a promoção de redução dos fatores sociais e econômicos que, ao fim e ao cabo, influenciam imensamente na decisão de encerrar uma gravidez, mesmo que o filho seja, no aspecto emocional, desejado. Relevantes também a promoção de informações sobre saúde sexual e métodos contraceptivos.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste na observação do custo-benefício de certa providência. Isto é, objetiva, mediante um caso concreto, que seja tomada pelo Estado a medida mais balanceada possível entre o que será sacrificado e o que será protegido. Por um lado, ficou demonstrado que o crime de aborto é fator grave no exercício dos direitos fundamentais da mulher, em especial os referentes à sua autonomia e integridade física. Por outro, a proteção do feto por esse meio não promove um grau mínimo de satisfação, visto que nem mesmo é capaz de reduzir o índice de sua ocorrência. A desproporcionalidade, assim, é patente.

Dessa forma, observa o Ministro que mesmo ao levar-se em conta o aumento da proteção ao feto à medida de seu desenvolvimento, não se mostra proporcional vedar a interrupção da gestação no primeiro trimestre, assim como reconheceu a Suprema Corte dos EUA em *Roe v. Wade*, em face dos direitos reprodutivos em jogo.

O cenário muda, admite, a partir dessa data, quando a proteção da vida em potencial do feto impera, levando ao entendimento de que é necessário interpretar o art. 124 do Código Penal como aplicável somente às interrupções voluntárias posteriores ao primeiro trimestre. A hipótese é de não recepção parcial da lei em sentido contrário.

Assim, concluiu o Ministro Luís Roberto Barroso que, mediante as sérias dúvidas quanto à existência de crime, fica afastada “a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva” (Brasil, 2016, p. 28) e concedida, de ofício, a ordem de *habeas corpus* para afastar a custódia dos pacientes, entendendo-a também aos corréus.

A Primeira Turma do STF, por maioria, acatou o voto-vista do Ministro Barroso, no qual não conheceu o *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício. Restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que conheceu da ação e votou para conceder a ordem.

4.5. ADI 5.581 - 2020

A Associação Nacional dos Defensores Públicos, ANADEP, ajuizou, em 2016, ação direta de inconstitucionalidade (ADI) cumulada com a arguição de descumprimento fundamental (ADPF).

A partir da primeira, objetivava que fosse dada interpretação conforme à Constituição do art. 18, §§ 2º e 3º da Lei 13.301/16, voltada a regulamentar medidas de vigilância em saúde para conter a epidemia do mosquito transmissor dos vírus da dengue, Chikungunya e Zika. Pela segunda, essa sim pertinente ao presente trabalho, buscava que fosse dada interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, de forma que, em síntese, fosse declarada a constitucionalidade da realização de procedimento abortivo pela mulher infectada pelo vírus da Zika, em razão dos riscos de o feto desenvolver microcefalia – justificação específica – e ainda do preenchimento da justificativa genérica de estado de necessidade, prevista no art. 23, I, do mesmo código³⁹.

Ambas as ações não tiveram seu mérito resolvido, por unanimidade dos votos dos Ministros. A ADI foi julgada prejudicada, em vista da revogação expressa do art. 18 da lei pela Medida Provisória nº 894/2019. A partir disso, reconheceu-se a perda de objeto do remédio constitucional. Já a ADPF nem mesmo foi conhecida, em razão da ilegitimidade ativa da ANADEP, por supostamente não deter a permissão legal para atuar em favor de direitos e objetivos alheios aos da própria instituição.

A pertinência da presente ação para o trabalho se dá pelo voto apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que, apesar de ter acompanhado o voto dos demais magistrados, apresentou ressalva e reflexão.

Ressalva, em primeiro lugar, o entendimento de que a ANADEP não possuiria a legitimidade ativa para ajuizar a ação. A partir de entendimento já aplicado pelo Tribunal,

³⁹ CP/40, art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade.

seria possível estender o interesse da associação para, além daqueles dos integrantes oficiais, incluir interesses de pessoas hipossuficientes, objeto da ação profissional dos defensores públicos.

Em segundo lugar, o magistrado considerou válido considerar que a irresolução do mérito das demandas adiou a discussão acerca do aborto, dos direitos fundamentais da mulher e proteção jurídica do feto a partir de uma ótica constitucional.

Nessa linha, basicamente reitera aquilo que defendeu anos antes na ocasião do julgamento do HC 124.306. Aponta, primeiramente, que o aborto é “fato indesejável” (Brasil, 2020, p. 20) e que deve ser, com suporte estatal, evitado, mas que não pode ser estudado sem consideração dos direitos fundamentais da mulher.

O Ministro reafirmou a ineficácia prática de tratar o aborto como fato punível na tentativa de proteger o feto. A realidade dos países que buscam tutelar essas vidas a partir de meios que permitam melhor acesso à saúde e informação, além da promoção de melhorias sociais e econômicas, demonstra que a criminalização nada mais serve, na linha de chegada, como uma forma de enclausurar mulheres, principalmente as pobres.

Deve-se dar a devida importância àquilo que também está em jogo no momento de interrupção proposital da gravidez: os direitos e liberdades individuais de uma mulher, que, a partir de uma esfera constitucionalmente garantida, merece viver a partir de suas próprias convicções e escolhas. No aparente conflito entre a proteção do feto e a individualidade da mãe, não se pode conceder, de forma irrefletida, primazia a primeira em toda e qualquer situação.

Não sendo possível adentrar ainda mais na temática no caso, Barroso encerra seu voto, sintético e reflexivo, assim:

Deve-se ter profundo respeito pelo sentimento religioso das pessoas. E, portanto, é plenamente legítimo ter posição contrária ao aborto, não o praticar e pregar contra a sua prática. Mas será que a regra de ouro, subjacente a ambas as tradições – tratar o próximo como desejaria ser tratado – é mais bem cumprida atirando ao cárcere a mulher que passe por esse drama? Pessoalmente, não creio. Portanto, sem abrir mão de qualquer convicção, é perfeitamente possível ser simultaneamente contra o aborto e contra a criminalização (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 5.581/DF. Relator: Min. Carmen Lúcia, 04 de maio de 2020, p. 21).

4.6. ADPF 442 - Pendente

No ano de 2017, o PSOL, Partido Socialismo e Liberdade, ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, na qual requereu a concessão de medida liminar e, ao final, sua confirmação, no sentido de que seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, de forma que sua interpretação respeite a possibilidade de que a gestante realize o procedimento de interrupção voluntária e induzida da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação. Aponta o partido, nesse sentido, a incompatibilidade da vedação ora vigente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, além de desrespeito aos direitos fundamentais das mulheres à vida, liberdade, integridade física e psicológica, igualdade de gênero, proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, saúde e planejamento familiar.

Em agosto de 2018, o STF promoveu audiência pública voltada a permitir maior participação popular no debate da questão. Apesar disso, apenas no ano de produção desta obra, 2023, é que a ADPF foi novamente mencionada. A então presidente do Tribunal, Ministra Rosa Weber, liberou a ação para julgamento, com a intenção de que pudesse imprimir seu voto antes de sua aposentadoria compulsória em 02 de outubro do mesmo ano. Assim o fez em 22 de setembro, com um voto de 129 páginas.

Mediante a limitação de tempo da presente monografia e a constância de apenas um voto dentre os ministros do STF, o que denota a impossibilidade de promover conclusões precipitadas acerca do entendimento majoritário da corte, segue apertada síntese do entendimento da Ministra.

Declarou, de início, que há nítida impossibilidade de definição do começo da vida, seja na esfera das ciências jurídicas, seja nos campos mais relacionados às convicções pessoais, como a moral, filosofia e religião. Assim, resta observar o momento em que a Constituição passa a tutelar os direitos da pessoa humana. Disso se observa, assim como fez o Tribunal na ADI 3.510, que o ordenamento brasileiro não se compromete com a teoria da concepção, mas a do nascimento para definir a titularidade de direitos fundamentais.

Mesmo se assim não fosse, nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, mesmo a vida. A medição das restrições estatais sobre direitos deve respeitar a razoabilidade e

proporcionalidade. Apesar do feto não ser uma pessoa constitucional, daí não se extrai que o Estado não possui interesse legítimo em proteger um nascituro, uma vida em potencial, em razão de uma dignidade humana em sentido moral que todos reconhecem, conforme aponta a obra de Dworkin.

O teste de proporcionalidade da medida visa justamente compreender até onde o interesse estatal se justifica como limitador dos direitos fundamentais presentes em questão, notadamente os das mulheres. Não se trata, afirma, de um embate entre os direitos do feto e os da mãe, mas de uma questão de compreensão dos “valores constitucionais de proteção” (Brasil, 2023, p. 28).

Ademais, a partir de um apanhado histórico acerca da formação das constituições brasileiras, as lutas sociais promovidas pelas mulheres e os entendimentos anteriormente firmados pelo Tribunal, a Ministra apontou o caráter estrutural de subjugação da mulher na sociedade. Compreendida a questão que uma gravidez ultrapassa a questão biológica e é influenciada por questões sociais, morais e econômicas, deve surgir – a partir do reconhecimento dos direitos das mulheres, em especial sua autonomia e autodeterminação face a seu próprio corpo e convicções – a compreensão de que uma gestação deve ser produto de um planejamento próprio, não de uma obrigação estatal.

Reconhecida a importância dos direitos da mulher para julgar o caso, apontou-se como o texto constitucional atua para o reconhecimento, a partir do direito à saúde, assistência social e planejamento familiar, “de três elementos essenciais quais sejam: a integridade física e psíquica da mulher, a segurança no acesso dos serviços médicos e a liberdade reprodutiva” (Brasil, 2023, p. 58).

Devem os elementos, afirma a Ministra, ultrapassar o caráter simbólico e conquistar o patamar de garantidores de bem-estar e de justiça social, sendo essencial a promoção de políticas públicas de educação, promoção de acesso à saúde, medicamentos, métodos contraceptivos e o aborto legal, com ainda maior atenção à parcela da população que encontra mais obstáculos para garantir sua dignidade sexual. A fragilidade das pessoas mais frágeis fica ainda mais escancarada na hipótese de procedimentos ilegais e precários de aborto, “uma das quatro causas diretas da mortalidade materna” (Brasil, 2023, p. 83).

A partir das questões apresentadas, Rosa Weber classifica como irracional a política criminal existente sobre o aborto. A implementação de punições estatais voltadas, na teoria, a um caráter preventivo contra a realização do procedimento de interrupção da gravidez, tem se demonstrado ineficaz para proteger o valor intrínseco da vida humana.

Ainda mais se comparada com a estrutura de justiça social reprodutiva apontada, os arts. 124 e 126 do Código Penal não passam pelo teste de proporcionalidade das restrições estatais. Os custos da punição – quais sejam a impossibilidade de concretização dos direitos fundamentais à saúde, liberdade, autonomia e autodeterminação e o encarceramento em massa das pessoas, em especial as mais pobres – são muito maiores que os benefícios e resultados alcançados. A prática do aborto, apesar de tabu social e reprimenda institucional, é enraizada na sociedade e o direito penal não está sendo efetivo em mudar isso. Assim, propõe medida diferente:

No lugar da intervenção extrema do Estado, caracterizada pela coercitividade, revela-se proporcional e adequado a adoção de políticas de estímulo à responsabilidade (feminina e masculina), de perfil preventivo no acesso à educação sexual e aos meios de promoção da liberdade reprodutiva consciente. De orientação comprometida com a redução dos fatores de risco da gravidez indesejada, com o cuidado no planejamento familiar e com a tutela prestacional na remoção dos obstáculos materiais impeditivos da continuidade da maternidade, caso seja a decisão da mulher. Nesse cenário, a maternidade não figura como ato derivado da coerção, mas como decisão autônoma da mulher, em conformidade com o projeto de vida por ela delineado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Min. Rosa Weber). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF. Voto: 22 de setembro de 2023).

A melhor forma de garantir o respeito ao valor inviolável da vida humana está na compreensão dos fatores que levam a uma gravidez indesejada e, assim, ao aborto. Apenas a partir disso a taxa de ocorrência desses procedimentos podem encontrar real redução, o que se encontra tanto no interesse daqueles que defendem a primazia da tutela do feto, quanto para aqueles que defendem a do interesse e direitos fundamentais da mulher.

Na visão da Ministra, portanto, a solução proposta na ADPF é uma que, ao restringir o poder antes irrestrito do Estado sobre as mulheres, sopesa melhor os interesses de proteger a vida humana e ainda garante a efetividade dos direitos de liberdade, autonomia e saúde da mulher, mas ainda não é a mais ideal. Os aspectos preocupantes de saúde pública apontados devem ser levados em conta pelos poderes Executivo e Legislativo para o futuro, até mesmo pela incompetência do STF para criar políticas públicas.

Dentro dos limites dos pedidos propostos, no entanto, cabe ao STF, na visão da Ministra, considerar a solução normativa como adequada e assim declarar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, para que não incida na interrupção voluntária da gravidez realizada dentro das primeiras doze semanas.

4.7. Decisões brasileiras na perspectiva do marco teórico de Dworkin

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro apresentar particularidades se comparado ao norte-americano, a obra de Ronald Dworkin é basilar para o entendimento sobre o aborto que a corte, em sua maioria, aplica desde 2004. Esse fato é perceptível para os leitores mais atentos, mas o presente subcapítulo demonstrará a utilidade prática de observar a jurisprudência brasileira pelos olhares do autor estrangeiro.

Para além da constatação de que sua obra é referenciada em quase todos os julgamentos do STF analisados na presente monografia, Dworkin produziu em 1992 o alicerce dos votos favoráveis à interrupção voluntária da gravidez: trata-se de tema controvertido e informado especialmente por convicções de caráter pessoal, de forma que a ponderação de interesses e direitos do Estado e da mulher deve ser feito de modo a respeitar o valor sagrado da vida humana e, ao fim, a liberdade, autonomia e a capacidade de autodeterminação das pessoas.

Nos julgados, não é possível encontrar, salvo realização de aproximações e analogias, o fervoroso debate norte-americano acerca da Constituição se caracterizar como de princípios ou de detalhes, isto é, se deve ser interpretada como um texto amplo e abstrato ou como um texto literal e produto de intenções literais de uma época. No Brasil, os magistrados da corte constitucional, sejam eles aderentes às posições mais liberais ou conservadoras, observam no texto constitucional a apresentação de normas propositalmente amplas e que, além de uma interpretação literal e sistemática, fundam um Estado Democrático de Direito baseado conceitos principiológicos e que admitem diversas interpretações fundamentadas – apesar de, claro, divergentes.

De toda forma, outros elementos essenciais de Domínio da Vida restam presentes nas fundamentações dos ministros da corte. Admitem todos que a questão do aborto é arraigada por conclusões morais e religiosas acerca do valor da vida, mas divergem fortemente acerca da ponderação dele com outros direitos fundamentais, do que representa um prejuízo para os

investimentos divinos e humanos nele compreendidos e da forma como protegê-lo de maneira mais eficaz.

Assim, quanto à ponderação da vida com outros direitos, os votos que representaram uma posição contrária aos procedimentos de interrupção do aborto, seja pelo critério trimestral ou pela anencefalia do feto, apontam na vida humana um valor inegociável e que jamais poderia ser ponderado com postulados jurídicos ligados à liberdade. Apesar de concepções religiosas, é dever do Estado, afirmam, a partir daquilo que promove a Constituição, garantir a manutenção das vidas humanas, sejam elas de pessoas adultas ou de nascituros. Nessa linha, inclusive, vale a constatação de que é observável maior inclinação para a teoria da concepção para o começo da vida.

Em contraste, a posição favorável, considerada mais liberal, apresenta defesa coerente à importância da vida humana, mas enxergam nos direitos ligados à autodeterminação da pessoa um caráter tão importante quanto. Nenhum direito fundamental é absoluto, nem mesmo a vida, ocasião em que a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada é comumente apontada. Além disso, os ministros dessa posição inclinaram-se à teoria do nascimento para definir o momento em que a tutela jurídica passa a ser titularizada, de forma que o tratamento de direitos fundamentais fica adstrito ao indivíduo-pessoa e a defesa da potencialidade da vida se relaciona ao valor sagrado por todos admitida.

A partir de tais posições, fica cristalina a divergência na ponderação entre a vida e a liberdade, pois, de um lado, a vida que o feto teoricamente possui obtém um valor absoluto e irrenunciável em nome do interesse da sociedade, e, de outro, é cognoscível a existência de um período ou circunstância em que a autodeterminação da gestante passa a ser um bem jurídico mais valioso que a potencialidade da vida.

Não por outra razão discordam também sobre qual acontecimento, o encerramento prematuro da gravidez ou a manutenção obrigatória da gravidez, causa uma maior frustração daquilo que Dworkin classificava como investimento. Para aqueles ministros inseridos na posição mais conservadora, a vida, bem absoluto, e a dignidade são gravemente atingidos pelo fim prematuro da gravidez e não há reflexão acerca de desrespeito às crenças pessoais que possa superar tal fato. Em compensação, levar uma gravidez e estar obrigado a manter um filho são fatores que, aliados a condições de caráter social, moral e de saúde – mental e física

–, representa um golpe contra a dignidade da vida humana e a seu valor intrínseco que pode ser muito maior que o fim de uma potencialidade de existência para aqueles mais liberais.

Por fim, perceptível a diferença de tratamento jurídico-estatal que as posições defendem como mais eficaz e condizente com o valor intrínseco da vida. Aquilo que Ronald Dworkin aponta como um método de coerção, por meio de leis penais que tornam o aborto um ato ilícito passível de punição estatal e que, ao fim e ao cabo, consagram uma concepção como oficial do Estado, é o caminho adotado pela parte atualmente dissidente da corte, que defende, principalmente, os arts. 124, 126 e 128 do Código Penal como a melhor representação do interesse estatal de proteção da vida humana.

Sob outra perspectiva enxerga a questão a posição que hoje impera no Supremo Tribunal Federal. Para os ministros que ela integra, a legislação penal demonstrou-se pouco efetiva para reduzir, na realidade concreta, as ocorrências de procedimentos abortivos e assim “preservar” os fetos. Surge como consequência, defendem, a perpetuação de uma realidade em que a obrigação promovida pelo Estado representa um risco à saúde pública e à igualdade social das mulheres, em especial àquelas em posição mais frágil. O risco de encarceramento deve ser substituído, assim conclui a posição liberal, por políticas públicas que valorizem a consciência, o conhecimento de métodos contraceptivos e a promoção de meios que reduzam os fatores econômicos e sociais que influenciam diretamente no número de casos de interrupção voluntária da gravidez. Em suma, a promoção da responsabilidade, como defendia Dworkin, seria a melhor forma de proteger a vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, a proposta empregada foi a de sintetizar e introduzir para os leitores o influente livro de Ronald Dworkin, *Domínio da Vida*, e, posteriormente, analisar os fundamentos apresentados pelos magistrados que compuseram e/ou compõem as cortes constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil e suas interligações com a obra e entendimento do autor norte-americano.

Deixando de lado as divergências basilares de ambos os sistemas jurídicos, foi possível constatar que mesmo com o fato do livro analisado ter sido escrito há mais de 30 anos e se direcionado à realidade estadunidense, o elemento essencial proposto para compreender os meios que direcionam, ou devem direcionar, o debate social e jurídico acerca do aborto – qual

seja a do reconhecimento de que cada um de nós possui uma crença pessoal que concede um valor intrínseco à vida – é implementado na prática dos dois ordenamentos.

Mesmo que em diferentes níveis, a depender, principalmente, de qual posição é adotada pelo magistrado no tema – conservador ou liberal –, todas as decisões reconhecem a importância de discuti-lo a partir da ótica de que se trata de algo relacionado às mais convincentes e profundas convicções morais e religiosas dos cidadãos.

É verdade, porém, que isso não significa que aquilo que Dworkin pregava como o ideal para um Estado Democrático de Direito – a compreensão de que mediante um valor tão imperioso e pessoal, é dever da sociedade e do governo permitir que cada uma das pessoas, independente do credo, viva sob suas próprias crenças – encontra-se presente nas decisões das cortes constitucionais. O que se observa pelas realidades norte-americana e brasileira é que ambas percorrem caminhos, linhas do tempo, diversas.

Por um lado, no espaço de 50 anos, os Estados Unidos saíram de uma posição em que a liberdade e capacidade de autodeterminação de uma pessoa, principalmente da mulher, eram vistas como elementos de um direito fundamental mais valioso, até certo período, que o interesse social da preservação de uma vida humana; para outra em que restou consagrada a primazia do interesse de uma maioria social e política sobre qualquer tipo de crença divergente que uma pessoa, isolada em sua privacidade, possa ter. A adoção de uma posição mais conservadora e de um método de proteção da vida por meio da coerção estatal, apesar de ainda reconhecer a existência de convicções pessoais, é fato rapidamente cognoscível a partir das exposições apresentadas.

As razões para isso foram premeditadas por Dworkin em sua obra: o destino, um novo presidente e, conseqüentemente, novos juízes ocupando as cadeiras da Suprema Corte. Os fatores sociais evocados na Introdução não refletem apenas as decisões pessoais de determinada pessoa, mas políticas e, dessa forma, são capazes de alterar a realidade social e jurídica de um país como um todo. No momento, os originalistas têm em suas mãos o que desejavam há anos. Caberá a outros colegas avaliar os próximos passos tomados pela Suprema Corte a partir dessa vertente.

Por outro, o Brasil historicamente honra a posição adotada pelo autor norte-americano em *Domínio da Vida*. Desde 2004, a posição dominante dos ministros do STF envolve-se na ponderação valiosa entre a defesa da santidade da vida humana e a possibilidade que a gestante, a partir de fatores de cunho pessoal, obtenha a tutela estatal de optar pelo prosseguimento ou não de sua gravidez. A compreensão de que a vida humana é ainda mais sagrada quando pode ser vivida a partir daquilo que uma pessoa acredita como ideal para si, desde que conciliada com a responsabilidade promovida pelo Estado, impera no liame da corte constitucional brasileira.

Ainda assim, nos mesmos moldes dos ianques e quase no mesmo período, o povo brasileiro promoveu democraticamente a escalada de uma ideologia conservadora ao posto político mais alto do Poder Executivo. Dois novos ministros da Suprema Corte foram indicados pelo atual ex-Presidente e suas decisões indicam que um tema como o aborto não parece ser visto com bons olhos.

Não se pretende aqui debater as ideologias de cada pessoa ou de cada ministro do STF, mas apontar que o Brasil – a partir de uma corte renovada e ainda dividida – pode estar diante, antes do que esperávamos, de uma virada jurisprudencial como aquela vista em *Dobbs* ou até mesmo em *Roe* na ADPF 442.

No fim, não é possível determinar com exatidão em que grau as ideias propostas pelo autor norte-americano continuarão sendo influentes nos fundamentos constitucionais das cortes supremas de ambos os países, mas, sem dúvidas, a sua obra é e continuará sendo importante objeto de estudo para acadêmicos na compreensão dos debates acerca da dimensão e valor da santidade da vida humana, e claro, do aborto, em sociedades que se organizam juridicamente por meio de textos constitucionais fundadores de um sistema democrático e livre.

REFERÊNCIAS

ABORTO. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/aborto/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.025/SP**. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REALIZAÇÃO DE ABORTO EUGÊNICO. SUPERVENIÊNCIA DO PARTO. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. 1. Em se tratando de habeas corpus preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do writ implica a perda do objeto. 2. Impetração prejudicada. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. [...] PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS

DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO [...].Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ZIKA VÍRUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. REVOGAÇÃO DO ART. 18 DA LEI N. 13.301/2019 PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 894/2019. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PREJUDICADA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. NÃO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator: Min. Carmen Lúcia, 04 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5074643&ext=RTF>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Min. Rosa Weber). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF**. Voto: 22 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

RE, Edward D.. **Stare decisis**. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>. Acesso em: 29 set. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1789)]. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>. Acesso em: 29 set. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Roe et al. v. Wade**, District Attorney of Dallas County, 410 U.S. 113, 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey**, Governor of Pennsylvania, et al, 505 U.S. 833, 29 de junho de 1992. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al**, 597 U.S., 24 de junho de 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 15. ed.. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020.

MISSISSIPPI. 2019 Mississippi Code, Title 41 - Public Health, Chapter 41 - Surgical or Medical Procedures; § 41-41-191. **Gestational Age Act.** Disponível em: <https://law.justia.com/codes/mississippi/2019/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/>. Acesso em: 29 set. 2023.

PENSILVÂNIA. Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 18, Crimes and Offenses, Chapter 32, **Abortion Control Act.** Disponível em: <https://www.legis.state.pa.us/WU01/LI/LI/CT/PDF/18/18.PDF>. Acesso em: 29 set. 2023.

RIVEIRA, Carolina. **Descriminalização do aborto tem apoio de maioria das mulheres da geração Z.** Exame, São Paulo, 19 de abr. de 2022. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aborto-mulheres-jovens-pesquisa/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

TEXAS. **Penal Code of the State of Texas,** 1925. Disponível em: <https://www.sll.texas.gov/assets/pdf/historical-statutes/1925/1925-3-penal-code-of-the-state-of-texas.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.