

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**IVAN TERRA PEREIRA**

**ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO:  
perspectivas para a ADPF 442 sob a luz do integralismo de Ronald Dworkin**

**São Leopoldo  
2019**

IVAN TERRA PEREIRA

ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO:

perspectivas para a ADPF 442 sob a luz do integralismo de Ronald Dworkin

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto

São Leopoldo

2019

## RESUMO

Esta dissertação tem como tema a perspectiva para o tratamento jurídico brasileiro destinado ao abortamento voluntário durante o primeiro trimestre de gestação, à luz da teoria do integralismo, proposta por Ronald Dworkin. Uma vez que se trata de tema complexo e que se encontra em voga, já que o Supremo Tribunal Federal terá que abordar a questão em breve, possivelmente ainda em 2019, quando julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que pretende a descriminalização das práticas abortivas voluntárias durante o primeiro trimestre de gestação. Em decorrência da complexidade do tema e de sua importância para milhares de mulheres que, apesar da criminalização, submetem-se a práticas abortivas inseguras e clandestinas, objetivou-se analisar qual seria a decisão mais adequada para a ADPF 442, tendo como base a teoria formulada por Ronald Dworkin. Para tanto, utilizou-se uma metodologia eminentemente bibliográfica e documental, com métodos de abordagem dedutivos e dialéticos e dois métodos de procedimento, o histórico e o comparativo, com a finalidade de analisar-se os diferentes argumentos relacionados ao tema da pesquisa. Focou-se na análise da aplicação da teoria de Dworkin com base na decisão do caso *Roe contra Wade*, assim como pretendeu-se reproduzir sua aplicação no caso brasileiro, a partir da análise das decisões anteriores com temáticas afins. Assim, demonstra-se, em função da aplicação da teoria de Dworkin, a tendência para uma decisão pela procedência da ADPF 442.

**Palavras-chave:** Abortamento Voluntário. Integralismo Jurídico. Constitucionalidade. ADPF 442. Ronald Dworkin.

## **ABSTRACT**

This dissertation has as its theme the perspective for the Brazilian legal treatment for voluntary abortion during the first trimester of pregnancy, considering the theory of integralism proposed by Ronald Dworkin. As this is a complex subject and is in vogue, as the Federal Supreme Court will have to address the issue shortly, possibly still in 2019, when judging ADPF 442, which seeks to decriminalize voluntary abortion practices during the first trimester of pregnancy. Due to the complexity of the theme and its importance for thousands of women who, despite criminalization, undergo unsafe and clandestine abortion practices, the objective was to analyze what would be the most appropriate decision for ADPF 442, based on the theory formulated by Ronald Dworkin. To this end, an eminently bibliographic and documentary methodology was used, with deductive and dialectical approach methods and two procedural methods, the historical and the comparative, in order to analyze the different arguments related to the research theme. It focused on the analysis of the application of Dworkin's theory based on the decision of the *Roe v. Wade* case, just as it was intended to reproduce its application in the Brazilian case, from the analysis of previous decisions with similar themes. Thus, according to the application of Dworkin's theory, the tendency towards a decision agreeing with the ADPF 442 thesis is demonstrated.

**Key Words:** Voluntary Abortion. Juridical Integralism. Constitutionality. *ADPF 442*. Ronald Dworkin.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 O PROBLEMA JUSFILOSÓFICO DO ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO E A PROPOSTA DO INTEGRALISMO JURÍDICO</b> .....	<b>12</b>
2.1 CLARIFICAÇÃO DE CONCEITOS .....	13
2.2 O ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO ENQUANTO PROBLEMA JUSFILOSÓFICO .....	16
2.3 O INTEGRALISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN .....	21
<b>2.3.1 A interpretação constitucional dos <i>hard cases</i></b> .....	<b>27</b>
<b>2.3.2 O Integralismo do Direito na prática do julgador</b> .....	<b>34</b>
<b>3 O INTEGRALISMO JURÍDICO NO CASO ROE CONTRA WADE</b> .....	<b>39</b>
3.1 O CASO ROE CONTRA WADE .....	40
<b>3.1.1 Os Precedentes do Caso</b> .....	<b>43</b>
3.1.1.1 Direito à Privacidade .....	44
3.1.1.1.1 <i>Caso Boyd contra United States</i> .....	45
3.1.1.1.2 <i>Caso Union Pacific contra Botsford</i> .....	46
3.1.1.1.3 <i>Caso Meyer contra Nebraska</i> .....	48
3.1.1.1.4 <i>Caso Pierce contra Society of Sisters</i> .....	49
3.1.1.1.5 <i>Caso Olmstead contra United States</i> .....	49
3.1.1.1.6 <i>Caso Palko contra Connecticut</i> .....	51
3.1.1.1.7 <i>Caso Prince contra Massachusetts</i> .....	53
3.1.1.1.8 <i>Caso Loving contra Virginia</i> .....	54
3.1.1.1.9 <i>Caso Katz contra United States</i> .....	56
3.1.1.1.10 <i>Caso Terry contra Ohio</i> .....	57
3.1.1.1.11 <i>Caso Stanley contra Georgia</i> .....	59
3.1.1.2 Direito à Privacidade e a Liberdade Sexual .....	60
3.1.1.2.1 <i>Caso Skinner contra Oklahoma ex rel. Williamson</i> .....	61
3.1.1.2.2 <i>Caso Griswold contra Connecticut</i> .....	62
3.1.1.2.3 <i>Caso Eisenstadt contra Baird</i> .....	65
3.1.1.3 Limitação ao Direito à Liberdade .....	67
3.1.1.3.1 <i>Caso Jacobson contra Massachusetts</i> .....	67
3.1.1.3.2 <i>Caso Buck contra Bell</i> .....	69
3.1.1.4 Exceções para a Punição de Práticas Abortivas .....	70

3.1.1.4.1 <i>Caso United States contra Vuitch</i> .....	70
<b>3.1.2 A Decisão do Caso Roe contra Wade</b> .....	<b>71</b>
3.2 ANÁLISE DO INTEGRALISMO NO CASO ROE CONTRA WADE.....	76
<b>4 PERSPECTIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DO ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO NO BRASIL</b> .....	<b>82</b>
4.1 COMPATIBILIDADE ENTRE O INTEGRALISMO JURÍDICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	83
4.2 AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442.....	85
4.3 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA COM A TUTELA DA VIDA ANTES DO NASCIMENTO.....	89
<b>4.3.1 Habeas Corpus nº 84.025</b> .....	<b>89</b>
4.3.1.1 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	90
4.3.1.2 Consequências da decisão.....	93
<b>4.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510</b> .....	<b>93</b>
4.3.2.1 Voto no Ministro Ayres Britto.....	94
4.3.2.2 Voto da Ministra Carmen Lúcia.....	96
4.3.2.3 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	97
4.3.2.4 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	99
4.3.2.5 Voto do Ministro Celso de Mello.....	100
4.3.2.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	101
4.3.2.7 Consequências da decisão.....	102
<b>4.3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54</b> .....	<b>103</b>
4.3.3.1 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	104
4.3.3.2 Voto da Ministra Rosa Weber.....	109
4.3.3.3 Voto do Ministro Luiz Fux.....	111
4.3.3.4 Voto da Ministra Carmen Lúcia.....	112
4.3.3.5 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	113
4.3.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	114
4.3.3.7 Voto do Ministro Celso de Mello.....	116
4.3.3.8 Consequências da decisão.....	117
<b>4.3.4 Habeas Corpus nº 124.306</b> .....	<b>119</b>
4.3.4.1 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	119
4.3.4.2 Voto do Ministro Edson Fachin.....	122
4.3.4.3 Voto da Ministra Rosa Weber.....	123

4.3.4.4 Consequências da decisão .....	124
4.4 PERSPECTIVAS PARA A ADPF 442 DE ACORDO COM O INTEGRALISMO JURÍDICO .....	125
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>131</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A questão do abortamento é uma das mais polêmicas a ser enfrentada pelos diferentes ordenamentos jurídicos. No entanto, embora seja um tema de complexo tratamento, não deve ser evitado. Até mesmo, porque sua relevância ultrapassa os limites de um debate teórico a respeito de um tema de bioética, mas assume feições trágicas quando enfrentamos as consequências de como ele é tratado em grande parte das nações.

Nesse sentido, é importante refletir-se a respeito de alguns números envolvidos com o tema. Afinal, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS):

Cada ano estima-se que 208 milhões de mulheres ficam grávidas. Entre elas, 59% (ou 123 milhões) têm uma gravidez planejada (ou desejada) levando a um nascimento com vida, ou a um abortamento espontâneo ou a uma morte fetal intrauterina. 41% restante (ou 85 milhões) das gravidezes não são desejadas.<sup>1</sup>

Tendo em vista a grande quantidade de gravidezes que não são desejadas, é de esperar-se que ao menos parte deste montante seja interrompida com o uso de práticas abortivas. No entanto, embora tais técnicas tenham sido documentadas ao longo da história, em muitos lugares elas são consideradas ilegais, o que aumenta o risco em sua utilização, uma vez que são feitas de modo clandestino e, por isso, muitas vezes inseguro. Devido a isso: “[...] estima-se que a cada ano continuam sendo realizados 22 milhões de abortamentos inseguros, provocando a morte de cerca de 47.000 mulheres.”<sup>2</sup>

Como se esses números não bastassem para demonstrar a importância de pesquisa e análise da questão do abortamento, é preciso levar em consideração que segundo alguns estudos as práticas abortivas são a principal causa de morte materna nos países subdesenvolvidos<sup>3</sup>. Isso porque, em tais países, o abortamento

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro**: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. 2013. p. 19. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437\\_por.pdf?sequence=7](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro**: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. 2013. p. 17-18. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437\\_por.pdf?sequence=7](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>3</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 97.



é, geralmente, criminalizado, existindo poucas exceções para sua realização. Enquanto isso:

Em quase todos os países desenvolvidos (segundo a classificação do Fundo de População das Nações Unidas), os abortamentos seguros são oferecidos sem restrição legal, por exclusiva solicitação da mulher ou sobre uma ampla base social e econômica, sendo possível para a maior parte das mulheres dispor e ter acesso facilmente aos serviços em geral.<sup>4</sup>

Portanto, fica evidente que a questão do abortamento ganha ainda mais importância quando percebemos que se trata de um problema de saúde pública. Afinal, ao criminalizar as práticas abortivas, o ordenamento jurídico brasileiro (no que é similar a vários outros) acaba colocando em risco um grande número de mulheres ao negar-lhes a opção de um tratamento adequado, deixando-as a mercê de práticas clandestinas.

Portanto, sem a atenção do Estado, o abortamento passa a ser um risco para a vida das mulheres, como destacam Benfica e Vaz:

Estudos realizados no nosso meio demonstram que as complicações pós-abortamento são as principais causas de mortalidade materna, responsável por 47% das mortes no período perinatal. Das mortes maternas decorrentes de infecção, 60% são devidas às técnicas de abortamento. São casos de abortamento realizados em clínicas clandestinas, cujas complicações graves decorrem do uso de instrumentos não esterilizados, perfurações uterinas e/ou intestinais por prática de técnicas rústicas e outros procedimentos inadequados.<sup>5</sup>

Soma-se a tal condição, o fato de que a análise da temática do abortamento, em função de sua característica polêmica, é evitada pelo Poder Legislativo, de modo que costuma recair sobre o Poder Judiciário a tarefa de modelar sua (i)licitude. Ademais, no Brasil, tem-se um momento profícuo para tal debate, uma vez que o tema está em voga, graças à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, acredita-se que seja necessária a busca por um modelo decisório que

---

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro**: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. 2013. p. 18. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437\\_por.pdf?sequence=7](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>5</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 100.

conduza a uma resposta bem fundamentada, e não um reflexo da pressão dos diferentes grupos sociais envolvidos com a temática.

Nessa perspectiva, a presente dissertação tem como base a adoção da teoria proposta por Ronald Dworkin, o integralismo do Direito, como forma de promover a busca por esta decisão adequada à ADPF 442. Essa opção pauta-se no fato de que Dworkin propõe em suas obras que as soluções jurídicas para os casos considerados difíceis (como seria o caso da legalização do abortamento voluntário<sup>6</sup> até o final do primeiro trimestre de gravidez), devem estar pautadas por um fio condutor que as assegure coerência com o conjunto de decisões jurídicas. Sendo assim, considera-se que seja uma perspectiva interessante para promover a reflexão a respeito da melhor resposta a ser dada pelo STF.

Portanto, o problema de pesquisa que a presente dissertação pretende responder pode ser definido como: com base na teoria do integralismo, a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação é (in)compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

As hipóteses formuladas para este problema são de que: a) há, com base no integralismo, incompatibilidade entre a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação e o sistema jurídico brasileiro; b) não há, com base no integralismo, incompatibilidade entre a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação e o ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral desta dissertação pode ser assim descrito: propor a decisão mais coerente para a ADPF 442, tendo como base a teoria do integralismo jurídico formulada por Ronald Dworkin. Para dar conta disso, torna-se necessário observar os objetivos específicos, que são: a) clarificar os conceitos relacionados com a questão do abortamento; b) apresentar as características da teoria de Ronald Dworkin a respeito do integralismo jurídico; c) analisar os fatores que fizeram com que Dworkin concluísse que o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América a respeito do tratamento legal destinado ao abortamento (resultado da decisão do caso *Roe contra Wade*) respeita o integralismo jurídico; d) apresentar as características do tratamento do tema no sistema jurídico brasileiro; e) indicar as perspectivas que as decisões anteriores apresentam para a decisão da ADPF 442.

---

<sup>6</sup> Entende-se aqui o abortamento voluntário como aquele que é realizado com a anuência da gestante, não confundindo-se com o abortamento espontâneo, que ocorre de forma não planejada, por motivo natural. BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 97.

A respeito dos aspectos metodológicos, é importante destacar-se que a presente pesquisa é eminentemente bibliográfica e documental. Devido a isso, adotam-se métodos de abordagem dedutivos e dialéticos e dois métodos de procedimento, o histórico e o comparativo, com a finalidade de analisar-se os diferentes argumentos relacionados ao tema da pesquisa. Cabe ainda ressaltar que, na busca pela valorização da exposição dos argumentos, priorizou-se a transcrição das ideias dos autores consultados, mantendo-se inclusive a língua do material consultado, motivo pelo qual não foram feitas traduções de citações no corpo do texto, optando-se por apresentar as traduções livres das citações em língua estrangeira nas notas de rodapé. Ademais, os grifos presentes nas citações resultam da manutenção do modelo original.

Na definição de bibliografia para a dissertação, o critério de seleção pautou-se nas obras do autor de base, Ronald Dworkin, agregando ao trabalho obras escritas por professores da Unisinos, ou que tenham sido publicadas pela editora desta universidade, assim como textos legais e decisões das cortes constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos da América relacionadas com a questão do abortamento nos dois países e artigos publicados nos últimos dez anos em periódicos relacionados com a área do Direito classificados como A1, A2, B1 ou B2 segundo a última avaliação da Capes.<sup>7</sup> Tal critério de definição de bibliografia teve como finalidade assegurar a qualidade das fontes utilizadas durante a pesquisa.

Destaque-se que esta dissertação está inserida na Linha de Pesquisa de Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Nesse sentido, a pesquisa, com características de interdisciplinaridade, tem um foco maior nas áreas de Bioética e Biodireito, abordando também concepções de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Infraconstitucional. Ademais, é relevante demonstrar a harmonização desta dissertação com a temática de pesquisa desenvolvida pelo orientador, Prof. Dr. Gerson Neves Pinto, conforme verifica-se em seu projeto de pesquisa intitulado *Sistemas Jurídicos Contemporâneos e a possibilidade da fundamentação do biodireito*. Portanto, como se vê, o tema aqui desenvolvido adequa-se a sua linha de pesquisa.

---

<sup>7</sup> A única exceção foi a obra *Ronald Dworkin*, editada por Arthur Ripstein, que foi consultada com a finalidade de verificar interpretações de comentadores estrangeiros do pensamento de Dworkin. Sendo que o critério para sua escolha residiu no fato de ser a única obra com esta temática a compor a Biblioteca do Programa de Pós-Graduação de Direito da Unisinos, motivo pelo qual acredita-se ser uma obra de reconhecida qualidade.

Dadas as características da pesquisa aqui desenvolvida, esta dissertação foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, inicialmente, encontrar-se-á uma clarificação de conceitos pertinentes à temática da pesquisa. Em seguida serão apresentados argumentos jusfilosóficos que embasam os posicionamentos de quem defende e de quem condena as práticas abortivas. Ainda, na parte final do capítulo será apresentada a proposta de Dworkin para a solução de casos complexos.

A análise da aplicação da teoria do integralismo jurídico será abordada ao longo do segundo capítulo. Sendo assim, na parte inicial o foco recairá sobre a apresentação do caso *Roe contra Wade* (caso paradigmático que tratou da questão do abortamento nos Estados Unidos da América). Na sequência, serão apresentados os precedentes apontados na decisão do caso *Roe*. Depois disso, será analisado o impacto de tais precedentes para a tomada de decisão no julgamento de *Roe contra Wade*. Já na parte final, a intenção é demonstrar a motivação de Dworkin considerar tal caso como um exemplo de aplicação do integralismo jurídico.

O terceiro e último capítulo terá a função de possibilitar a análise da questão de fundo. Nesse sentido, inicialmente far-se-á a análise da possibilidade de aplicação da teoria de Dworkin, idealizada no seio do *Common Law*, no modelo brasileiro. Na sequência, serão abordadas as características do pedido e da argumentação da ADPF 442. Depois disso, analisar-se-á o histórico de decisões do STF que envolvem a questão da vida pré-natal. Por fim, buscar-se-á a resposta adequada para a ADPF 442, com base na aplicação da teoria de Dworkin.

Ao final, as considerações finais, longe de pretenderem exaurir o tema, servirão para promover um fechamento da questão. Nesse sentido, a intenção é que o desenvolvimento da dissertação sirva para apresentar uma resposta bem formulada para o problema que a move.

## 2 O PROBLEMA JUSFILOSÓFICO DO ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO E A PROPOSTA DO INTEGRALISMO JURÍDICO

Historicamente a temática do abortamento é tratada como tabu na maior parte das sociedades humanas. No entanto, as práticas abortivas são amplamente conhecidas e recorrentes nos mais diferentes grupamentos sociais. Mesmo assim, geralmente, evita-se falar a respeito delas. Portanto, “[...] o aborto parece estar suspenso entre o que tange ao transgressivo e o que tange ao aceitável e, assim, condenado a flutuar entre essas duas posições extremas”.<sup>8</sup>

A complexidade do tema em nada tem relação com o fato de tratar-se de um fenômeno recente. Na realidade, existem relatos de práticas abortivas em muitas sociedades e em diversos períodos históricos. Nesse sentido,

Os meios utilizados para este fim são muito numerosos e hoje bastante conhecidos, não somente nas sociedades estudadas pela etnologia, mas também nas sociedades antigas, particularmente da Antiguidade greco-romana, nas sociedades ocidentais medievais e modernas, na China e no Japão.<sup>9</sup>

Exemplo da popularidade e até mesmo da aceitação das práticas abortivas em outros períodos históricos encontra-se na história do Império Romano, que levou cerca de 200 anos para passar a condenar tais práticas. Afinal,

No Direito Romano, inicialmente, não se sancionava a morte dada ao feto, sendo este parte do corpo da gestante, e portanto a ela cabível livre disposição (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*). A partir do imperador Septimus Severus (193-211 d. C) o aborto passou a ser considerado como lesão ao direito de paternidade, justificado pela frustração das expectativas paternas quanto à descendência, cuja penalidade era a mesma do envenenamento doloso.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BOLTANSKI, Luc. As dimensões antropológicas do aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 7, p. 205-245, jan./abr. 2012. p. 219. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1907>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>9</sup> BOLTANSKI, Luc. As dimensões antropológicas do aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 7, p. 205-245, jan./abr. 2012. p. 209. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1907>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>10</sup> DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. Da dor solitária e das lágrimas que não se mostra: a criminalização do aborto como punição da sexualidade da mulher. **Revista de Direito Brasileira**, v. 20, n. 8, p. 378-407, ago. 2018. p. 386-387. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3972>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

No entanto, apesar de sua difundida ocorrência, o abortamento, por estar intimamente relacionado com aspectos ideológicos de fundamentação religiosa, tende a não ser tratado como uma prática usual. Sendo assim,

[...] sua prática é, no mais das vezes, dissimulada, mas de maneira que oscila entre a clandestinidade propriamente dita (em particular durante o período que vai de meados do século XIX à segunda metade do século XX, quando o aborto passou a ser ilegal e penalizado nos países ocidentais) e a prática discreta, que permite que aqueles que não querem saber ajam como se ele não existisse (como ocorreu no Ocidente até o século XIX).<sup>11</sup>

Embora frequentes e difundidas, as práticas abortivas acabaram tornando-se tabus para grande parte das sociedades contemporâneas. Sendo assim, o debate a respeito delas tende a carecer de racionalidade. Tendo em vista a relevância do tema e a necessidade de seu enfrentamento na esfera legal, este capítulo será dividido em três seções. Inicialmente propõe-se uma clarificação de alguns conceitos importantes para a temática, na sequência o foco passará a ser a análise dos argumentos jusfilosóficos de quem defende e de quem condena as práticas abortivas voluntárias, por fim, será apresentada a proposta de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis com a intenção de guiar a reflexão a respeito do melhor encaminhamento que o Supremo Tribunal Federal possa dar à análise da questão na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.<sup>12</sup>

## 2.1 CLARIFICAÇÃO DE CONCEITOS

Há de se observar que o tabu envolvendo a questão do abortamento faz, até mesmo, com que não se tenha muita clareza a respeito de importantes conceitos relacionados com tal tema. Nesse sentido, pode-se destacar as diferenças de tratamento dedicado às práticas abortivas pela comunidade médica e pela comunidade jurídica.

---

<sup>11</sup> BOLTANSKI, Luc. As dimensões antropológicas do aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 7, p. 205-245, jan./abr. 2012. p. 220. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1907>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>12</sup> Em breve os ministros do STF terão que proferir decisão para a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que se encontra conclusa à relatora, Ministra Rosa Weber, conforme pesquisa no portal do STF realizada no dia 24 de julho de 2019, e que pretende a legalização das práticas abortivas voluntárias até a décima segunda semana de gravidez.

Inicialmente, a primeira distinção conceitual importante está relacionada com o termo *aborto*. Na linguagem médica, aborto é o que sai do ventre da mulher que passa pelo processo de abortamento. No entanto, a linguagem jurídica adota o termo aborto para fazer menção à conduta penalmente tipificada de provocar a morte do feto. Destarte,

[...] registre-se que o *nomen juris* estabelecido para o tipo penal em tela, o aborto, não é o mais adequado em face do vernáculo. Com efeito, o aborto é o produto da ação de abortamento, tanto quanto o cadáver é o produto da ação de homicídio.<sup>13</sup>

Como se não bastasse o entendimento diverso a respeito do significado de termo tão caro à temática em análise, também não há concordância no enquadramento de abortamento. “Abortamento, do ponto de vista obstétrico, é a interrupção da gravidez com feto ainda não viável, isto é, até 20 semanas de gestação, pesando até 500 gramas e com altura calcâneo-occipital máxima de 16,5cm”.<sup>14</sup>

Se para a medicina o abortamento está relacionado com a interrupção de uma gravidez cujo feto ainda não é viável, não há para o Direito uma delimitação temporal para classificar um abortamento. “Abortamento, sob o ponto de vista jurídico, é a interrupção da gravidez em qualquer fase da gestação, com morte do concepto e sua consequente expulsão ou retenção”.<sup>15</sup>

Do ponto de vista da medicina, os abortamentos podem ser divididos em dois grupos, a saber: os abortamentos espontâneos ou acidentais, e os abortamentos provocados. Os abortamentos espontâneos ou acidentais decorrem de condições materno-fetais endógenas que impossibilitam o prosseguimento da gravidez, o que ocorre nos casos de má-formação, ou alterações uterinas, por exemplo. Acidentalmente o abortamento pode decorrer de situações traumáticas, tóxicas ou infecciosas.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> BRANDÃO, Cláudio. Trajetória Dogmática do Tipo de Aborto. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 7, n. 12, mai./ago. 2015. p. 62. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/27/27>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>14</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 95.

<sup>15</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 95.

<sup>16</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 97.



Enquanto isso, os abortamentos provocados resultam da conduta deliberada que visa interromper a gestação. São os abortamentos provocados que interessam ao Direito, que os divide em puníveis e não-puníveis.

No Brasil, atualmente são práticas abortivas puníveis as classificadas como: procuradas, quando decorrem de uma ação deliberada da própria gestante; consentidas, quando praticadas por terceiro, geralmente um médico, contando com o consentimento da gestante ou de seu responsável legal; e provocadas, quando promovidas por terceiro, sem o consentimento da gestante. Já as práticas não-puníveis são classificadas como necessárias ou terapêuticas, quando o abortamento é a forma de preservar a vida da gestante; ou piedoso e humanitário, para os casos em que a gravidez é decorrência de um estupro (caso em que o abortamento deve ser feito até a 12ª semana de gravidez)<sup>17</sup>, ou nos casos de anencefalia.<sup>18</sup> Há de se destacar que a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 29 de novembro de 2016, para o *Habeas Corpus* nº 124.306, considerou inconstitucional a criminalização das práticas abortivas procuradas e consentidas, quando realizadas durante o primeiro trimestre da gravidez, no entanto, essa decisão não possuiu efeito *erga omnes*.<sup>19</sup>

Assim, embora existam condições de abortamento que não resultem em tipificação penal, parcela representativa das práticas abortivas consideradas voluntárias, enquadra-se nas tipificações procurada ou consentida, sendo, portanto, considerada ilegal. Deste modo, em muitas práticas abortivas os envolvidos podem ser penalizados por estarem cometendo um crime. Isso explica a dificuldade de encontra-se dados estatísticos confiáveis a respeito de tais práticas em nosso país.

Pelo seu caráter clandestino, não há estatísticas no Brasil sobre o abortamento provocado, mas sabe-se sobre a grande morbimortalidade a ele associada. Estudos realizados no nosso meio demonstram que as complicações pós-abortamento são as principais causas de mortalidade materna, responsáveis por 47% das mortes no período perinatal. Das mortes maternas decorrentes de infecção, 60% são devidas às técnicas de abortamento. São casos de abortamento praticados em clínicas clandestinas, cujas complicações graves decorrem do uso de instrumentos não esterilizados,

---

<sup>17</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 97.

<sup>18</sup> Este último caso passou a ser permitido em função da decisão do STF para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 12 de abril de 2012. Tal decisão será alvo de análise no último capítulo da dissertação.

<sup>19</sup> A citada decisão será alvo de análise no último capítulo da dissertação.



perfurações uterinas e/ou intestinais por prática de técnicas rústicas e outros procedimentos inadequados. O envenenamento materno e as hemorragias *post abortum* são outras complicações presentes neste tipo de procedimento.<sup>20</sup>

Levando em consideração as perigosas consequências da criminalização do abortamento voluntário, evidencia-se a relevância de uma análise fundamentada do tema. Nesse sentido, é importante conhecer-se os fundamentos que balizam os posicionamentos conflitantes a respeito desta criminalização.

## 2.2 O ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO ENQUANTO PROBLEMA JUSFILOSÓFICO

A análise da questão da criminalização do abortamento voluntário deve levar em consideração os direitos do feto (se ele, de fato, os tiver), mas também os direitos da mulher e de outros envolvidos. A complexidade disso é tamanha, que é necessário que a reflexão parta de uma análise interdisciplinar.

Tratar sobre el aborto voluntario es bastante complejo puesto que este proceso está sometido a criterios médicos, datos científicos, aspectos éticos, análisis sociológicos, valoraciones religiosas, interpretaciones jurídicas e intereses políticos que son variables en el espacio y en el tiempo y que afectan a ciertos valores del sujeto, lo que genera cierta dificultad de realizar una interpretación que resulte rigurosamente exacta y uniforme.<sup>21</sup>

Dada a complexidade do tema, não há consenso a respeito de poder-se estabelecer se o feto é (e se for, desde quando o é) um ser humano. Esse ponto potencializa o debate. Afinal, pode-se identificar diferentes posicionamentos doutrinários a tal respeito, como as teorias concepcionista, de nidação, genético-desenvolvimentista, da potencialidade da pessoa, utilitarista, do sistema nervoso e cerebral, da consciência, da viabilidade e do nascimento.<sup>22</sup> Essa inexistência de um

<sup>20</sup> BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 100.

<sup>21</sup> Em tradução livre: “Tratar sobre o aborto voluntário é bastante complexo posto que este processo está submetido a critérios médicos, dados científicos, aspectos éticos, análises sociológicas, valorações religiosas, interpretações jurídicas e interesses políticos que são variáveis no espaço e no tempo e que afetam a certos valores do sujeito, o que gera certa dificuldade de realizar uma interpretação que resulte rigorosamente exata e uniforme.” LUCAS, Maria Jose Miranda; D’ARGEMIR, Dolores Comas. Discursos de profesionales de la salud y de mujeres sobre el aborto voluntario. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 38, p. 37-53, 2016. p. 39. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n38/articulo2.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>22</sup> Nesse sentido: “De acordo com a teoria concepcionista, o embrião é algo distinto da mãe desde o momento da concepção, pois se trata de ser com individualidade genética, alma intelectiva e

posicionamento unânime a respeito de quando começa a vida humana, faz com que surjam desejos e valores conflitantes, de modo que o Direito não pode abster-se de assumir a responsabilidade de delimitar que condutas são aceitáveis no que diz respeito às práticas abortivas. Afinal:

Compete ao direito intervir no tema *aborto* como prática social (um título eticamente relevante) porque tem o dever geral de investir sempre que o equilíbrio relacional for turbado, desestabilizado ou violado; toda vez que as prerrogativas de um sujeito “fraco” forem indevidamente ameaçadas ou desrespeitadas pelas pretensões de um sujeito “forte”. Nas hipóteses típicas – entre as quais ainda não se enquadra o aborto terapêutico em sentido próprio, que exige uma análise diferenciada –, a pretensão abortiva da mulher (mesmo quando as razões psicológicas que a ativam possam merecer compreensão e no mínimo respeito) não é compatível ao direito à vida do feto e se manifesta como uma intencionalidade potestativa, que pretende um reconhecimento em virtude exclusivamente da visibilidade da própria pretensão.<sup>23</sup>

Desse modo, a questão do abortamento voluntário pode ser compreendida a partir de um sistema de oposição de interesses. De um lado estariam os interesses, na maioria dos casos, da gestante, que não deseja que a gravidez resulte no nascimento de um bebê, do outro lado estariam os hipotéticos interesses do feto. Disso resultaria a necessidade de um julgamento de valor, para verificar em qual lado estaria o interesse mais relevante, em outras palavras: qual pretensão seria mais importante?

---

instintos. Já a teoria da nidação, entende que a vida se inicia no momento em que o zigoto implanta-se no útero materno, o que ocorre em torno de duas semanas de gestação. Em relação a teoria genético-desenvolvimentista, a mesma defende que o embrião passa a ter vida humana a partir do momento em que apresenta a linha primitiva (estrutura básica do sistema nervoso).

A teoria da potencialidade de pessoa considera que o embrião tem potencial para tornar-se pessoa. Na teoria utilitarista considera-se que o embrião humano não passa de material biológico e não faz jus a qualquer tratamento especial em relação a outras espécies de embriões. A teoria do sistema nervoso e cerebral advoga que o início da vida ocorre a partir do momento em que há vida cerebral. Já a teoria da consciência preconiza que o início da vida se dá no momento em que se percebem os primeiros sinais de consciência no embrião. A teoria da viabilidade entende que o marco do início da vida, é quando há a possibilidade do feto sobreviver fora do corpo da mãe. Finalmente há aqueles que defendem que o início da vida humana se dá por meio do nascimento, embora não se possa deixar de proteger aqueles que ainda não nasceram.” RECKZIEGEL, Janaína; SILVA, Simone Tatiana da. Limites das intervenções fetais: uma análise ética e jurisprudencial. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 3, p. 98-118, set./dez. 2018. p. 101. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2485>>. Acesso em 24 jul. 2019.

<sup>23</sup> D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 275-276.

A resposta para esta questão não é pacífica, de modo que é possível afirmar que em relação à polêmica relacionada com a criminalização do abortamento voluntário as pessoas dividem-se em três grupos.

En un primer grupo están quienes manifiestamente se encuentran contra el aborto y dicen velar por la santidad de la vida; en un segundo grupo se encuentran quienes están a favor de la despenalización del aborto y encuentran su fundamento en el hecho de que el aborto es un problema de salud pública que afecta la dignidad de las mujeres. En un tercer grupo se encuentran las posiciones intermedias - a quienes llamaré "Ni-Ni" - donde están aquellos que ni están absolutamente en contra del aborto ni están a favor del aborto en todas sus causales.<sup>24</sup>

Nesse sentido, o posicionamento das pessoas radicalmente favoráveis à criminalização de todas as práticas abortivas, que assumem o posicionamento comumente chamado de *pró-vida*, parte da necessidade de se considerar a pretensão de existir mais importante do que a pretensão de autodeterminação. Conseqüentemente, o direito ao nascimento do conceito seria considerado superior ao direito à liberdade da grávida. Com base nessa perspectiva,

O direito de nascer é realmente o primeiro de todos os direitos, não apenas – como poderia parecer num primeiro momento – em sentido cronológico, mas principalmente em sentido *axiológico*: ou seja, o direito de nascer inclui em si e fundamenta todos os direitos constitutivos da pessoa, o direito de ser respeitado na própria identidade, de não ser instrumentalizado por nenhuma razão, de ser considerado portador de uma dignidade específica, que não pode ser reduzida à de nenhum outro ser humano, e o direito, por fim, de ser reconhecido como *pessoa*.<sup>25</sup>

Pode-se perceber que a tese favorável à criminalização de todas as práticas abortivas pauta-se na premissa de que o conceito é um ser humano e como tal, deve ter seus direitos protegidos como ocorre com todos os seres humanos já

---

<sup>24</sup> Em tradução livre: "Em um primeiro grupo estão aqueles que se encontram manifestamente contra o aborto e dizem velar a santidad da vida; em um segundo grupo se encontram aqueles que estão a favor da despenalização do aborto e encontram seu fundamento no fato de que o aborto é um problema de saúde pública que afeta a dignidade das mulheres. Em um terceiro grupo se encontram as posições intermediárias – a quem chamarei 'nem-nem' – onde estão aqueles que nem estão absolutamente contra o aborto, nem estão a favor do aborto em todas suas causas." SEBASTIANI, Mario. El aborto como um bien social. **Revista Bioética y Derecho**, n. 43. p. 33-43, 2018. p. 35. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20593>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>25</sup> D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 284.

nascidos. Nesse caso, o dilema do abortamento estaria baseado no conflito de interesses entre duas pessoas que devem receber o mesmo tratamento, ou seja, a solução seria, simplesmente, identificar qual direito em questão é superior. Afinal,

[...] uma das teses mais fortes contra o aborto é a que afirma que a vida humana tem início com a concepção, isto é, com a fertilização do óvulo por um espermatozoide. Logo, desde esse princípio, passa a ter existência um ser humano completo, merecedor de respeito e proteção.<sup>26</sup>

A adoção deste critério da concepção como marco inicial da vida humana, origina a teoria mais radical quanto à abrangência de proteção temporal do concepto. Afinal, segundo ela, desde o princípio o concepto deveria ter seus direitos tutelados, uma vez que já é, ao menos potencialmente, uma pessoa, de modo que deve ser protegido contra ação de terceiros. Sua sustentação reside no fato de que:

A biologia nos ensina que o momento da concepção é o único ponto de partida significativo na vida do embrião. Todo o homem, identificado por seu genoma, é uma pessoa potencial, podendo-se concluir que o embrião recém-gerado tem os mesmos direitos de um recém-nascido de alguns meses.<sup>27</sup>

Ideia extremamente diferente é defendida pelos militantes do posicionamento conhecido como *pró-escolha*, que consideram a criminalização das práticas abortivas voluntárias como sendo uma violação dos direitos das mulheres. Segundo eles:

A criminalização do aborto conflita com os direitos fundamentais, civis, políticos e sociais das mulheres, assim como com a definição mínima de sujeito de direito, pessoa nascida tornada social e jurídica a partir do nascimento, em uma sociedade plenamente laica.<sup>28</sup>

Os adeptos deste posicionamento de que a criminalização das práticas abortivas voluntárias é sempre injustificável, tendo em vista os prejuízos infringidos às mulheres, defendem que:

---

<sup>26</sup> AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. **Bioética Fundamental**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002. p. 147.

<sup>27</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 173.

<sup>28</sup> MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**, n. 50, 2017. sp. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n50/1809-4449-cpa-18094449201700500004.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

[...] o produto da gestação não passaria de simples apêndice, uma amorfa partícula de protoplasma que não desenvolve nenhuma das funções próprias da espécie humana. A descriminalização do fato estaria, portanto em harmonia com os direitos sexuais e reprodutivos da mãe que deve ter assegurada a faculdade de fazer escolhas pessoais sobre a forma de conduzir sua vida.<sup>29</sup>

Entre estes dois posicionamentos extremados, *pró-vida* e *pró-escolha*, estão as pessoas que defendem a impossibilidade de adoção de um posicionamento único para a análise da questão independente do período da gestação a ser interrompida. Nesse sentido, destaca-se a ideia de que o desenvolvimento cerebral deva ser apontado como marco inicial para a constituição da noção de pessoa, ainda em estágio potencial. De acordo com tal posicionamento:

[...] o embrião adquire o estatuto de pessoa potencial quando ocorre a formação física do córtex no processo de gestação. Esse fato físico, entretanto, não é o suficiente para a constituição da pessoa humana, mas unicamente da pessoa potencial. Isto porque a ciência biológica identifica o processo evolutivo em fases: até o 14º dia de gestação, o embrião é um conjunto de células humanas; em seguida, é um indivíduo humano, depois uma pessoa potencial e, enfim, depois de seu nascimento com vida, adquire o *status* de pessoa.<sup>30</sup>

Destarte, a pessoa detentora de direitos pessoais surgiria apenas com o nascimento. Portanto, o debate a respeito das práticas abortivas voluntárias não estaria mais pautado em um embate entre direitos de pessoas com status equivalente. No entanto, a ausência de consciência dos fetos não implicaria em não se ter que tutelar seus interesses. Afinal, em potência eles seriam como pessoas, de modo que desde então deveriam ter seus potenciais direitos respeitados, uma vez que:

Embora não tenha consciência de sua própria identidade, não escolha planos de vida, não adote decisões e provavelmente responda fracamente ao prazer e à dor, ele é, ao menos no seu estágio avançado, o mesmo indivíduo que adquirirá esses atributos no curso normal dos eventos, ou, talvez, com a ajuda dos meios

---

<sup>29</sup> MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**, n. 50, 2017. sp. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n50/1809-4449-cpa-18094449201700500004.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>30</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 174.

técnicos disponíveis (entretanto, isso não é verdadeiro no tocante ao espermatozoide).<sup>31</sup>

Tendo em vista as deficiências científicas para delimitar-se o momento exato em que surge a figura humana, detentora de desejos e direitos, o debate a respeito do abortamento voluntário acaba promovendo ambiente de acirradas discussões, em que “[o]s grupos contrários ao aborto defendem o respeito absoluto à vida humana do feto e os grupos favoráveis apontam para o bem da promoção humana da mulher”.<sup>32</sup>

Portanto, quando se judicializa a questão do abortamento voluntário, dada a possibilidade de defesa de teses divergentes, sustentadas em diferentes princípios constitucionais<sup>33</sup>, surge o que pode ser chamado de um *hard case*<sup>34</sup>. Tendo em vista a dificuldade de resolver tais casos, passa-se agora à análise de uma das propostas mais difundidas a respeito de como solucionar os *hard cases*, o integralismo jurídico, formulado por Ronald Dworkin.

### 2.3 O INTEGRALISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, filósofo do Direito estadunidense, que chegou a ocupar importantes cátedras em destacadas universidades nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, criticava o positivismo jurídico, defendendo a impossibilidade de um sistema normativo capaz de prever todas as ações possíveis, de modo a permitir uma simples aplicação das normas legais aos casos concretos. No entanto, ele também criticava o excesso de subjetividade defendido por alguns opositores do positivismo jurídico.

A tese de Dworkin visa solucionar os equívocos que ele identificava nas demais teorias do Direito ao aproximar o Direito e a moral e ao mesmo tempo redefinir a atividade interpretativa do julgador. Nesse sentido,

---

<sup>31</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2011. p. 291.

<sup>32</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1995. p. 131.

<sup>33</sup> Nesse sentido o debate ancora-se no princípio de direito à vida para o discurso *pró-vida* e nos princípios de dignidade da pessoa humana, liberdade, privacidade e autonomia reprodutiva para o discurso *pró-escolha*.

<sup>34</sup> Por *hard cases* entende-se aqui os casos jurídicos mais complexos, em que obscuridades ou contradições legais acabam dificultando a busca por soluções lógico-dedutivas. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

O grande diferencial do conjunto de sua obra, escrita, dentro outros aspectos, com a pretensão de ruptura com o juspositivismo, está no reconhecimento do Direito como uma atividade interpretativa (conceito interpretativo) sem que isso represente a defesa de posturas relativistas no julgamento dos casos.<sup>35</sup>

Essa atividade interpretativa permitiria ao julgador identificar direitos jurídicos<sup>36</sup> que até então não estavam explicitados no ordenamento jurídico, dando a ideia de que ele tem a possibilidade de criar novos direitos. No entanto, não há que se pensar em um desrespeito ao equilíbrio e a divisão dos poderes estatais, uma vez que o julgador não assumiria um papel de legislador, mas sim de um intérprete da história jurídica, capaz de identificar direitos constatados a partir dessa leitura histórica. Em suas palavras:

[...] é inquestionável que os juízes “criam novos direitos” toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição – por exemplo, de que a segregação é inconstitucional, ou que os operários não podem obter indenização em juízo por danos provocados por companheiros de trabalho – nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas “novas” formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado.<sup>37</sup>

Deste modo, o posicionamento de Dworkin tem como base a ideia de que embora nem todos os casos sejam solucionáveis por meio de uma aplicação direta das normas legais, o papel do julgador deve estar fundamentado na busca por soluções aos problemas complexos no âmago da própria história jurídica. Portanto, os casos complexos não ensejariam a criação de soluções que não possam ser justificadas por meio da interpretação do histórico jurídico, seja pela análise do ordenamento jurídico, dos princípios constitucionais ou dos precedentes. Assim,

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 33.

<sup>36</sup> Dworkin utiliza a expressão *direitos jurídicos* para referir-se aos direitos que não são formulados pelo Poder Legislativo. Em suas palavras: “Os direitos jurídicos são direitos políticos; constituem, porém, um ramo especial destes, porque são exigíveis e imponíveis por meio de instituições judiciais e coercitivas, sem que seja necessária nenhuma atividade legislativa ulterior.” DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 623.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 9.



surge um caminho para se alcançar a forma acertada de solucionar os casos mais controversos a que os julgadores se deparam.

Os julgadores se veriam na necessidade de dar conta desses casos controversos

[...] quando juristas competentes se dividem quanto a qual decisão se exige, porque as únicas leis ou precedentes pertinentes são ambíguos ou não há nenhuma opinião firmada com pertinência direta, ou porque o direito, por alguma razão, não está assente.<sup>38</sup>

Em uma situação como essa, em que não há uma solução evidente para o caso em análise, intensifica-se a importância do julgador. É na impossibilidade de adoção de uma resposta já estabelecida no ordenamento jurídico que se encontra a necessidade de uma compreensão profunda do Direito. Nessas situações o julgador pode adotar duas formas de entendimento dos preceitos constitucionais, ou seja,

[...] a Constituição deve ser entendida como uma relação limitada dos direitos individuais específicos que estadistas já mortos consideravam importantes, ou como um compromisso com ideais abstratos de moral política que deve ser explorado e reinterpretado em conjunto a cada nova geração de cidadãos, juristas e juízes.<sup>39</sup>

Para Dworkin, o primeiro entendimento é indefensável. Sendo assim, caberia ao julgador compreender a Constituição como uma fonte de ideais abstratos de moral política. Esse compromisso com ideais abstratos permite que o julgador passe a valorizar os princípios constitucionais, usando-os, como balizadores para definir como os valores morais expressos na Constituição devem ser aplicados nos casos concretos. Surge assim a ideia de uma Constituição de princípios, que tem como base a premissa de que os dispositivos abstratos devem ser tidos como princípios morais de decência e justiça.

Assim, essa leitura moral da Constituição seria a forma de promover as soluções adequadas para os *hard cases*. Afinal, “[s]eu traço fundamental é a defesa da virtude da integridade (um ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 109.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 34-35.



sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis)”.<sup>40</sup>

No entanto, cabe ressaltar que tal modelo é reservado para a solução de casos complexos, uma vez que nos casos considerados simples é possível uma solução com a aplicação das regras jurídicas objetivas, sem a necessidade de um juízo pautado nos princípios constitucionais. Nesse sentido, Dworkin diferencia de forma categórica as regras jurídicas e os princípios. Segundo ele:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>41</sup>

Portanto, enquanto as regras seguem um modelo de aplicação binário (ou são aplicáveis, ou não o são), os princípios, quando relevantes para o julgamento em questão, servem como guias. Os princípios não implicam em consequências jurídicas objetivas quando suas condições de aplicação estão dadas, mas servem como balizadores para a decisão a ser tomada. Destarte, “[...] principles do not dispose of the cases to which they apply. They lend justificatory support to various courses of actions, but they are not necessarily conclusive”.<sup>42</sup>

Embora Dworkin considere importante a diferenciação entre regra e princípio, cabe ressaltar que:

Não é que haja uma oposição entre regras e princípios. Há, com efeito, uma relação de complementaridade. Tanto os princípios como as regras integram o Direito, sendo, ambos, padrões de julgamento

<sup>40</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 10, n. 2, p. 197-206, 2018. p. 202. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

<sup>42</sup> Em tradução livre: “[...] princípios não dispõem os casos a que se aplicam. Eles emprestam apoio justificatório para vários cursos de ações, mas eles não são necessariamente conclusivos.” SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Documento disponível para Kindle. Posição 412.

vinculantes, a serem interpretados no contexto de um empreendimento que, como um todo, é moralmente coerente.<sup>43</sup>

Esta leitura moralmente coerente da Constituição tem como base a interpretação do histórico jurídico como um corpo dotado, necessariamente, de integridade entre suas partes. Assim, o sucesso e a aplicabilidade deste histórico estariam intimamente relacionados com uma coerência entre suas partes, que deveriam ter como direcionadores os princípios mais caros para a sociedade que deve segui-lo.

Para Dworkin, a integridade é um dos princípios mais importantes para a constituição social. Exemplo disso seria o fato de a desejarmos nas atuações de terceiros. Assim,

No trato cotidiano conosco, queremos que nossos vizinhos se comportem do modo que consideramos correto. Mas sabemos que as pessoas até certo ponto divergem quanto aos princípios corretos de comportamento, e assim fazemos uma distinção entre essa exigência e a exigência distinta (e mais frágil) de que ajam com integridade nas questões importantes, isto é, segundo as convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo, e não de modo caprichoso ou excêntrico. [...] A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.<sup>44</sup>

Note-se, que a integridade assume papel central na vivência coletiva. Uma vez que seria impensável que todas as pessoas agissem em conformidade com os desejos alheios, por uma questão de acomodação entre expectativas e ações, acaba-se desejando que as pessoas tenham, ao menos, uma conduta previsível, que conte com um padrão de integridade com relação a suas condutas anteriores. Além disso, esse princípio fortalece-se quando tal desejo passa a ser direcionado também para a atuação do Estado.

Quando a integridade passa a ser pensada na estrutura estatal ela acaba assumindo duas dimensões distintas, que se relacionam no campo do Direito, a

---

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan./abr. 2018. p. 64-65. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202.

partir de sua criação e sua aplicação. “O direito como integridade se subdivide em dois princípios: o princípio da integridade na legislação e o princípio da integridade no julgamento, o primeiro aplicado aos legisladores e o segundo aplicado aos juízes”.<sup>45</sup>

A divisão do princípio da integridade identifica duas atuações relacionadas com o Direito, mas deixa claro que os objetivos delas são os mesmos. Afinal, enquanto o princípio da integridade na legislação indica que os legisladores devem promover leis coerentes com os princípios basilares do ordenamento jurídico e com as leis já existentes, o princípio da integridade no julgamento<sup>46</sup> direciona os julgadores a decisões que considerem o histórico jurídico como um conjunto que visa à coerência e é pautado por princípios norteadores.

O princípio da integridade no julgamento, também identificado como integridade na atividade jurisdicional é tão importante para Dworkin que ele o define como soberano na busca por assegurar a aplicabilidade dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal. Assim, a integridade passa a ser o princípio mais fundamental para a justa aplicação do Direito. Nesse sentido,

[...] aceitamos o princípio de integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, pois queremos tratar a nós mesmos como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada.<sup>47</sup>

É importante destacar que, segundo Dworkin, o princípio da integridade é composto pelas três virtudes supracitadas, a saber: justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. A justiça tem como foco o fim a ser alcançado com as decisões. A equidade relaciona-se com a adequada distribuição e limitação do poder político, sendo ela a responsável por impedir o deslocamento do equilíbrio democrático ao negar o poder discricionário ao julgador. Já o devido processo legal adjetivo, que por vezes acaba sendo confundido com as outras duas virtudes, tem a característica própria de focar no procedimento de julgamento.

---

<sup>45</sup> CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 34, n. 67, p. 251-276, dez. 2013. p. 260. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p251>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>46</sup> No decorrer da dissertação optou-se pela adoção do termo *integralismo jurídico*, quando o foco recair, exclusivamente, sobre a atuação do julgador.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 482-483.

O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação.<sup>48</sup>

Com base nestas três virtudes, Dworkin indica a necessidade da preponderância do princípio da integridade na busca por soluções dos casos complexos. Consequentemente, fica evidente que o tema deste trabalho, o abortamento voluntário, por representar uma enorme complexidade, enquadra-se como questão a ser analisada à luz do Direito com base em uma interpretação baseada na integridade. Afinal, em seu fundamento está a necessidade de uma complicada interpretação de regras e princípios.

### 2.3.1 A interpretação constitucional dos *hard cases*

É inegável que os casos jurídicos mais complexos são aqueles que não encontram solução na imediata aplicação das normas infraconstitucionais. Portanto, as soluções acabam sendo buscadas a partir de uma análise da Constituição. Não obstante, muitas vezes a solução não se encontra de forma objetiva no texto constitucional, de modo que se faz necessária uma interpretação da própria Constituição para posterior solução do caso em questão.

Para Dworkin, esta árdua tarefa de interpretar o texto constitucional é composta por dois passos. Inicialmente, “[t]emos de procurar encontrar uma linguagem nossa que capte da melhor maneira possível e em termos que nos pareçam claros o conteúdo do que os ‘autores’ quiseram dizer”.<sup>49</sup> Mas além de buscar essa espécie de *tradução* do texto constitucional para a realidade aplicável, também é fundamental compreender o contexto histórico em que a Constituição foi escrita, e as interpretações feitas previamente, para garantir que haja integridade entre a nossa interpretação e os antecedentes históricos.

Nesse sentido, afirma Dworkin:

---

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 200-201.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm que considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras.<sup>50</sup>

Em vista disso, o integralismo de Dworkin defende a necessidade da observação de dois níveis de coerência. Inicialmente, o próprio ordenamento jurídico deve contar com uma coerência interna, de modo a evitar contradições entre seus comandos legais. Por outro lado, a tarefa de interpretação do Direito com base em princípios deve ser pautada pela coerência, de modo a evitar inconsistências entre as decisões. Assim, “[...] a decisão baseada por princípios, faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática”.<sup>51</sup>

Destarte, a proposta de um integralismo do Direito está intimamente relacionada com a ideia de coerência. Estando esta vinculada com a aplicação dos princípios constitucionais e não com a aplicação de regras específicas que tiveram como origem tais princípios. Ademais,

Qualquer um que participe da criação do direito deve preocupar-se com a coerência de estratégia. Ele deve cuidar para que as novas regras que estabelece se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor, em vez de tomar a direção contrária e piorar as coisas.<sup>52</sup>

Portanto, o julgador está sempre estabelecendo uma espécie de conexão entre o passado institucional e o futuro. Assim, suas decisões não podem ignorar as decisões passadas, tampouco impossibilitar um direcionamento para as decisões

---

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 15.

<sup>51</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 10, n. 2, p. 197-206, 2018. p. 205. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 162.

futuras. Além disso, o julgador deve associar a este encadeamento de fundamentos uma busca evidente pela aplicação da justiça.

No entanto, embora integridade e coerência estejam intimamente relacionadas, é importante reforçar que elas são coisas distintas. Segundo Dworkin,

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.<sup>53</sup>

Nesse sentido, resta claro que, embora o integralismo jurídico demande um alto grau de coerência na atuação de legisladores e juristas, esta coerência não pode ser compreendida como imutabilidade decisional. Afinal, o Direito, que representa a parte moral da política, deve adequar-se às mudanças da moral estabelecidas na sociedade. Caso contrário, na busca por manter uma espécie de coerência cega, muitos direitos que hoje consideram-se básicos não poderiam existir, uma vez que em determinados períodos históricos eles não eram reconhecidos.

Destarte, fica evidente que o papel da coerência, no integralismo, é evitar o surgimento de normas e decisões que não encontrem sustentação na história institucional. A relação entre integridade e coerência é mais facilmente compreendida quando se conhece a natureza do princípio da integridade. Para Dworkin tal princípio é composto por três dimensões, a saber: ser pautada em princípios, ter aplicação vertical e também ter aplicação horizontal. Segundo o autor,

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas. [...] Em segundo lugar, a integridade se aplica verticalmente: se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se aplica horizontalmente: um juiz que aplica um

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 264.

princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa.<sup>54</sup>

A dimensão de uma aplicação horizontal dos princípios é bastante simples de se compreender. Afinal, ela está vinculada com a necessidade de que um julgador, ao apontar a relevância de determinado princípio, mantenha sua valorização na hora de decidir outros casos. A importância disso reside em evitar um uso descartável dos princípios constitucionais.

Já a dimensão da aplicação vertical dos princípios é responsável por manter a já mencionada conexão da história institucional. Sua finalidade é evitar rompimentos abruptos com o histórico decisional. Portanto, esta dimensão está muito vinculada com o respeito aos precedentes e por isso exerce papel importante para a manutenção da segurança jurídica.

Enquanto isso, a primeira dimensão apontada por Dworkin, a demanda por pautar as decisões em princípios, merece atenção especial. É inegável que o autor busca elaborar uma teoria para as decisões jurídicas que se aproxime da ideia de justiça, o que demanda uma atuação pautada em princípios, e distancie-se do modo de atuação política. Nesse sentido, ganha importância delimitar o que seria cada uma dessas formas de atuação.

A respeito da atuação política, afirma Dworkin:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da sociedade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).<sup>55</sup>

Assim, por política Dworkin define as decisões pautadas, exclusivamente, na busca por melhorias para a comunidade, sem que isso tenha que estar vinculado, de forma direta, com o histórico institucional. Logo, este modelo de atuação não fundamenta suas decisões no reconhecimento de direitos, mas em estratégias de gestão que sirvam para promover o que é considerado por seus agentes como desejável para a melhoria da vida em comunidade.

---

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 133.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.



De natureza diversa seriam as atuações baseadas em princípios. Nas palavras do filósofo:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>56</sup>

Portanto as definições por princípio não são fruto de novas estratégias de gestão, mas estão sempre pautadas em padrões já existentes, o que evitaria a atuação ativista do julgador. Ademais, a atuação pautada em princípios também diferenciar-se-ia da atuação política por buscar evidenciar direitos individuais, enquanto a atuação política visa promover objetivos coletivos. Sendo assim,

Os argumentos de princípio tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou algum grupo mostrando que eles têm direito ao benefício. Os argumentos de política tentam justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política.<sup>57</sup>

Há de se destacar que a fundamentação das decisões em princípios é uma das três dimensões do integralismo do Direito, ou seja, ela não é o suficiente para que se possa assegurar o integralismo jurídico. Afinal, não há que se falar em integralismo se os julgadores basearem suas decisões em princípios que não reservam conexão com o histórico das decisões prévias ou que não são explorados em outras decisões tomadas por eles mesmos. Portanto,

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.<sup>58</sup>

Decorre daí que a relação entre as decisões a serem tomadas e as decisões históricas também tem especial valor na teoria do integralismo do Direito. Afinal, uma

---

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 452.

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 138.



leitura apressada da teoria de Dworkin poderia conduzir à ideia de que o integralismo seria incompatível com revisões de posicionamento, mas não é isso que o filósofo defende. Segundo ele,

[...] a integridade não exige que os juízes respeitem os princípios embutidos em decisões passadas que eles próprios e outros vêem como erros. A integridade permite que o Supremo Tribunal declare, como já fez diversas vezes no passado, que uma determinada decisão ou série de decisões foi um erro, pois os princípios que a ela subjazem são incompatíveis com os princípios mais fundamentais embutidos na estrutura e na história da Constituição.<sup>59</sup>

Assim, resta claro que o integralismo do Direito não pressupõe o fim das divergências nas interpretações do ordenamento jurídico, mas pauta-se em um modelo para chegar-se a uma decisão justa, o que deve ter como base a melhor justificação para a solução. Enquanto isso, a qualidade da justificação depende da aplicação de princípios que sirvam como norteadores, que não possam ser ignorados nas decisões futuras. Portanto,

A Corte não pode ignorar os princípios que justificam decisões que ela afirma aprovar, decisões que ela ratificaria se isso fosse necessário, decisões que praticamente ninguém, nem mesmo os críticos mais mordazes do desempenho passado desse tribunal, ousa agora condenar como erradas.<sup>60</sup>

Consequentemente, a base para o que Dworkin considera um julgamento sábio seria o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade.<sup>61</sup> A decisão deve ter sua dose de previsibilidade por ter fundamentos sólidos em princípios importantes e consolidados. Já a flexibilidade decorreria da reinterpretação da aplicação de normas e princípios constitucionais, evitando uma mera replicação de decisões anteriores.

Logo, embora seja papel do legislador e do julgador defender a integridade do Direito, tendo em vista a importância dela para a manutenção da segurança jurídica, não se pode olvidar que as mudanças sociais demandam, muitas vezes, a revisão do próprio histórico institucional. Contudo, essa defesa que Dworkin faz da

---

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 222.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 168.

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 179-180.

necessidade de reinterpretações das normas e dos princípios constitucionais não pode significar uma porta aberta para a insegurança jurídica. Portanto, é preciso seguir um trajeto que permita rever conceitos sem que se perca a ideia de integridade. Nessa perspectiva assevera Dworkin:

Qualquer interpretação da Constituição deve ser testada em duas dimensões amplas e correlacionadas. A primeira delas é a adequação. Uma interpretação constitucional deve ser rejeitada se a prática jurídica real for totalmente incompatível com os princípios jurídicos que tal interpretação recomenda; em outras palavras, deve ter um considerável ponto de apoio ou fundamento na prática jurídica real. A segunda é a dimensão da justiça. Se duas concepções diferentes sobre a melhor interpretação de alguma disposição constitucional passarem no teste da adequação – se cada uma delas puder alegar uma fundamentação adequada na prática passada -, deveríamos dar preferência àquela cujos princípios nos parecem refletir melhor os direitos e deveres morais das pessoas, uma vez que a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratos que cada geração deve interpretar por si própria.<sup>62</sup>

Destarte, as novas interpretações das normas constitucionais devem sempre atentar para estes dois fatos: a coerência com a prática jurídica histórica e o compromisso político com a promoção da justiça.<sup>63</sup> Devido a isso que a tarefa de reinterpretar a Constituição não se confunde com promover insegurança jurídica, pois o princípio da integridade garante que, embora o Direito possa evoluir junto com a sociedade, sejam freadas interpretações que não encontrem fundamento na prática jurídica estabelecida. Nesse sentido,

[...] Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o Direito positivo – o que confere uma blindagem contra

---

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 154.

<sup>63</sup> Ao analisar a teoria de Dworkin, o professor David Dyzenhaus, da Universidade de Toronto, define esses dois fatos como: ajuste e solidez. Em suas palavras: "On his account, a judge deciding a hard case must seek to show that his or her interpretation of the law is best on two dimensions - fit and soundness.' The judge must show that the interpretation is among those consistent with - that fit -relevant institutional history and that of these interpretations it is soundest in that it shows that history in its best moral light." (Em tradução livre: "Por sua conta, um juiz que decide um caso difícil deve procurar mostrar que a sua interpretação da lei é melhor em duas dimensões - ajuste e solidez. O juiz deve mostrar que a interpretação está entre aquelas que são consistentes com a história institucional pertinente e adequada, e que, dessas interpretações, ela é mais sólida, pois mostra que a história está em sua melhor luz moral."). DYZENHAUS, David. *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Documento disponível para Kindle. Posição 979.

discricionariedades (se assim se quiser, pode-se chamar isso de “segurança jurídica”) [...].<sup>64</sup>

Assim, decorre deste complexo conjunto de valores e dimensões, somado ao fato de atribuir ao Direito a tarefa de buscar a aplicação da justiça, a característica do integralismo jurídico de promover a melhora da sociedade enquanto mantém a segurança jurídica. Deste modo:

O direito como integridade nega que suas manifestações sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.<sup>65</sup>

Para uma melhor compreensão da teoria, é elucidativo tentar identificar a trajetória a ser percorrida pelo julgador que coloca em prática a leitura moral da Constituição.

### 2.3.2 O Integralismo do Direito na prática do julgador

A tarefa de colocar em prática a leitura moral da Constituição é repleta de desafios e dificuldades. O próprio Dworkin enfatiza isso ao utilizar a metáfora do juiz Hércules para exemplificar a atuação pautada pelo integralismo.<sup>66</sup>

A respeito da atuação do juiz Hércules, vale ressaltar que:

Ele não “inventa” o Direito, opera a sua criação, o seu desvelamento, no conjunto do chamado “império do Direito”, que não é um monopólio legislativo, mas um plural de fontes e formas de

---

<sup>64</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 255.

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 385.

<sup>66</sup> Corroborar isso a colocação de Streck ao analisar a tarefa do julgador no integralismo do Direito, defendido por Dworkin: “[e]ssa operação é tão complexa que, se levarmos em consideração a proposta de Dworkin, é necessário representá-la por meio de uma metáfora (ou um arquétipo) de um juiz com capacidades sobre-humanas (Hércules) para realizá-la”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 265.

possibilidades jurídicas, não disponíveis à mera escolha individual ou relativizada do tipo “qualquer uma serve”.<sup>67</sup>

Na prática, o primeiro passo para a implementação de uma decisão jurídica pautada pelo integralismo do Direito está na compreensão, do próprio julgador, de que ele é parte de um sistema que teve início antes dele e que terá prosseguimento depois dele. Assim,

Tratará o Congresso como um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso. Ele irá se perguntar qual interpretação da lei [...] mostra mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei.<sup>68</sup>

Durante essa tentativa de buscar a melhor interpretação das normas e dos princípios, será importante procurar indícios nas exposições de seus formuladores, mas não os tomar como padrões inquestionáveis. Afinal, “[...] a história é um fator pertinente. Mas só o é num sentido particular. Consultamos a história para saber o que eles pretendiam *dizer*, e não quais *outras* intenções eles tinham, o que é uma questão muito diferente”.<sup>69</sup>

Esta busca pelas pretensões dos formuladores das normas e dos princípios deve ser feita com relação às criações do Poder Legislativo, mas também na análise das decisões judiciais precedentes. Assim,

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em

<sup>67</sup> ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF, Raquel; TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Júnior. O caso Riggs vs. Palmer como um “modelo” adequado para decidir sobre os direitos fundamentais no panorama da constitucionalização do direito no Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 18, n. 2, p. 321-346, 31 ago. 2017. p. 329. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9841>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 377.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 15.

mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.<sup>70</sup>

Deste modo, embora o processo histórico não deva ser tido como fonte definitiva para as decisões, ganha relevância na tarefa de analisar os precedentes. Nesse sentido, o julgador deve buscar identificar os princípios que fundamentam as decisões anteriores.

Uma vez que os princípios que nortearam as decisões precedentes foram identificados, é hora de verificar se tais princípios podem justificar a decisão atual e as decisões posteriores. Caso a resposta seja positiva, as três dimensões do princípio da integridade seriam respeitadas. Afinal, teríamos uma decisão pautada em princípios, que tem como foco a existência de direitos individuais, e não em uma ação política, que foca nas consequências, sem a responsabilidade de justificação da decisão. A aplicação dos princípios representaria alinhamento vertical, uma vez que apresenta coerência com o histórico de decisões. Ademais, por se tratar de uma conclusão resultante de uma ampla análise promovida pelo julgador, tudo indica que ele se mostre disposto a aplicar tais princípios em futuras decisões, sempre que houver lógica nesta aplicação, demonstrando existência de sua aplicação horizontal.

Nos casos complexos, que são aqueles que demandam uma leitura moral da Constituição, o julgador, por vezes, deverá solucionar os possíveis conflitos de aplicação destes princípios. Para tanto, é importante compreender que os princípios não são todos iguais. Segundo Dworkin,

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.<sup>71</sup>

Assim, deparando-se com um conflito entre princípios, o julgador precisa identificar qual dos princípios, caso aplicado no caso em questão, representa de

---

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 42-43.

forma mais adequada a moral política que norteia as instituições e decisões da comunidade.<sup>72</sup> O fato de dever usar como balizador valores sociais, ajuda a impedir que o juiz decida baseado, exclusivamente, em sua compreensão pessoal a respeito da justiça. No entanto, isso não significa que tal decisão seja inquestionável, uma vez que os caminhos a serem percorridos podem conduzir a diferentes conclusões, o que resulta nas polêmicas que envolvem os casos mais complexos.

Uma vez que são solucionados os possíveis conflitos existentes entre os princípios encontrados na análise do histórico institucional, passa-se a verificar se a interpretação feita pelo julgador é aprovada nos dois testes do integralismo do Direito. Afinal, a identificação dos princípios e a confirmação de que há coerência entre suas aplicações no caso em análise e suas aplicações verticais e horizontais assegura o sucesso no teste da adequação. Ademais, por tratar-se de uma correta aplicação dos princípios, não há uma decisão política, mas sim uma decisão por princípio, que, por isso mesmo, tem sucesso no teste da justificação, pois objetiva a aplicação da justiça, com base na tutela de direitos individuais constatados pelo julgador.

Destarte, o julgador chega à resposta correta, que na perspectiva de Dworkin é aquela que melhor promove a justiça<sup>73</sup> e, ao mesmo tempo, é coerente com os princípios constitucionais e com as decisões judiciais precedentes, além de ter potencial para manter sua coerência com as decisões futuras. Portanto, além de ser

---

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 306.

<sup>73</sup> Embora o foco de pesquisa da presente dissertação seja o interpretacionismo do Direito defendido por Dworkin com sua teoria do integralismo, cabe citar que a ideia de resposta correta passa a se relacionar de forma clara com a moralidade em sua obra derradeira, *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Nesta obra Dworkin apresenta a fundamentação que justifica toda sua teoria de compreensão do Direito como integridade, que havia sido exposta em suas obras anteriores. Em sua formulação final, Dworkin explora a conexão necessária entre moralidade e Direito, de modo que a resposta correta seria encontrada na questão do universal valor. Tal fundamentação está pautada em uma tese geral “[...] segundo a qual o direito pertence ao domínio da moral; e em três teses especiais; que suportam a teoria geral: (i) a tese da independência do valor, a qual afirma que juízos morais não dependem de fatos morais ou de propriedades morais de objetos do mundo físico, e sim de uma argumentação moral substantiva; (ii) a tese da unidade do valor, segundo a qual os múltiplos valores morais podem ser unificados de forma coerente, a fim de formar uma rede interligada de valores que se reforçam reciprocamente; e (III) a tese da responsabilidade moral, pela qual a demonstração de que um argumento moral é objetivamente verdadeiro depende de uma interpretação responsável dos conceitos morais pertinentes, baseada no que ele denominou de epistemologia integrada”. MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 22, n. 2, p. 723-753, mai./ago. 2017. p. 751. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993/pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

à decisão certa, ela é capaz de servir de elo na história jurídica, apresentando coerência nos planos vertical e horizontal.

Para Dworkin, um bom exemplo de interpretação moral da Constituição encontra-se no complexo caso *Roe contra Wade*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou que as mulheres têm um direito constitucional ao abortamento nos estágios iniciais da gravidez. Sendo assim, analisa-se no próximo capítulo os motivos para tal decisão ser apontada como um exemplo de aplicação do integralismo jurídico.



### 3 O INTEGRALISMO JURÍDICO NO CASO ROE CONTRA WADE

Segundo Dworkin, “[o] caso *Roe contra Wade* é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos [...]”.<sup>74</sup> É notável que, além de ser o caso mais famoso dos Estados Unidos da América, *Roe contra Wade* é um dos casos mais conhecidos e estudados mundo afora.

O caso ganha mais relevância para a presente dissertação porque o próprio Dworkin o define como sendo uma decisão que segue os princípios do integralismo jurídico. De acordo com o jusfilósofo:

Os juízes devem buscar identificar os princípios latentes na Constituição como um todo e nas decisões judiciais passadas que aplicaram a linguagem abstrata da Constituição, a fim de reafirmar os mesmos princípios em outras áreas e assim tornar o direito cada vez mais coerente. [...] Esse processo de jurisprudência foi usado em *Roe vs. Wade* para se afirmar que os princípios latentes nas decisões anteriores sobre esterilização, família e contracepção deveriam aplicar-se igualmente ao caso do aborto.<sup>75</sup>

A consequência da aplicação do integralismo jurídico na decisão da Suprema Corte permitiu que o caso fosse solucionado da maneira correta. Nesse sentido, “[...] *Roe* não só foi uma decisão correta como foi também óbvia, e seus muitos críticos estão evidentemente errados.”<sup>76</sup>

Assim, tendo em vista a importância do caso, parte-se para sua análise, na expectativa de identificar a aplicação prática do integralismo jurídico defendido por Dworkin. Para tanto, inicialmente far-se-á uma introdução ao caso *Roe contra Wade*, na sequência serão apresentados os precedentes apontados em sua decisão. Depois disso, verificar-se-á como esses precedentes ajudaram a promover a conclusão do caso *Roe contra Wade*. Por fim, analisar-se-á como o integralismo foi desenvolvido para a solução do caso.

---

<sup>74</sup> DWORKIN. Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais.2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 141.

<sup>75</sup> DWORKIN. Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84.

<sup>76</sup> DWORKIN. Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 140.



### 3.1 O CASO ROE CONTRA WADE

O caso *Roe contra Wade* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 22 de janeiro de 1973 e acabou tornando-se um marco para o debate a respeito da possibilidade de o Estado restringir as práticas abortivas.<sup>77</sup> A decisão em questão julgava uma apelação em função de julgamento do Tribunal do Texas, que havia permitido à autora, Jane Roe (nome fictício de Norma L. McCorvey) a realização de abortamento, mesmo havendo a vedação da prática no Código Penal do Texas.

Embora a autora tenha conseguido o direito de realizar o abortamento, a apelação visava à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo texano a respeito do tema, o que não havia sido feito pelo tribunal local. Assim, coube aos juízes da Suprema Corte a análise da existência de uma suposta proteção constitucional ao direito da mulher de interromper uma gravidez com base no princípio da privacidade pessoal.

O voto vencedor, seguido por outros seis juízes, foi apresentado pelo juiz Blackmun. De acordo com sua exposição, a argumentação da apelação pautava-se nos conteúdos presentes no chamado Bill of Rights<sup>78</sup>, na Nona<sup>79</sup> e na Décima Quarta<sup>80</sup> Emendas.

---

<sup>77</sup> As informações a respeito do caso, com exceção do nome verdadeiro de Roe, foram retiradas da leitura dos votos da decisão (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973.).

<sup>78</sup> Bill of Rights é como ficou conhecido o conjunto das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América. Tais emendas foram ratificadas em 15 de dezembro de 1791, tendo como objetivo prevenir o abuso de poder por parte dos estados no que diz respeito às liberdades individuais, conforme consta em seu preâmbulo. UNITED STATES OF AMERICA. **The U.S. Bill of Rights**. Whashington D.C., 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>79</sup> A Nona Emenda faz parte do Bill of Rights, mas sua importância para a tese de apelação fica evidenciada ao ser citada especificamente, uma vez que serviria de base para o reconhecimento de direitos não explicitados na Constituição, como seria o caso do direito ao abortamento. Em sua formulação encontramos: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” (Em tradução livre: “A enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada como negação ou depreciação de outros direitos retidos pelo povo.”). UNITED STATES OF AMERICA. **The U.S. Bill of Rights**. Whashington D.C., 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>80</sup> A Décima Quarta Emenda foi ratificada em 09 de julho de 1868. Ela é dividida em cinco seções, sendo que a cláusula de Devido Processo é apresentada na primeira seção. Tal parte da emenda assevera: “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.” (Em tradução livre:

The principal thrust of appellant's attack on the Texas statutes is that they improperly invade a right, said to be possessed by the pregnant woman, to choose to terminate her pregnancy. Appellant would discover this right in the concept of personal "liberty" embodied in the Fourteenth Amendment's Due Process Clause; or in personal, marital, familial, and sexual privacy said to be protected by the Bill of Rights or its penumbras, [...]; or among those rights reserved to the people by the Ninth Amendment, [...].<sup>81</sup>

Tendo em vista a alegação da existência de um direito ao abortamento, que estaria sustentado por diferentes emendas à Constituição, o juiz Blackmun dedicou-se, inicialmente, a apresentar um apanhado histórico a respeito de como a prática de abortamento era vista em algumas culturas e linhas filosóficas da Antiguidade. Nesse sentido, ele nomeou algumas culturas (persa, grega e romana) e alguns pensadores e correntes filosóficas (pitagóricos, Platão, Aristóteles, estoicos e Hipócrates), na tentativa de apontar algumas das interpretações mais difundidas a respeito do abortamento no período antigo.

Após essa análise histórica, o juiz passou a um exame a respeito dos objetivos do Estado com a promulgação de leis que proibam os abortamentos. Para tanto, Blackmun fez referência ao fato de que as leis antiabortamento eram mais brandas na época da criação da Constituição dos Estados Unidos da América. Segundo ele: “[...] at common law, at the time of the adoption of our Constitution, and throughout the major portion of the 19th century, abortion was viewed with less disfavor than under most American statutes currently in effect.”<sup>82</sup>

---

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do estado em que residem. Nenhum estado fará ou aplicará qualquer lei que abrevie os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco, nenhum estado deve privar qualquer pessoa de vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; tampouco negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.”). UNITED STATES OF AMERICA. **Amendment XIV**. Washington D.C., 09 de julho de 1868. Disponível em: < <https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>81</sup> Em tradução livre: “O principal objetivo do ataque da apelante aos estatutos do Texas é que eles invadem indevidamente um direito, dito ser possuído pela mulher grávida, de escolher interromper sua gravidez. A apelante descobriria esse direito no conceito de ‘liberdade pessoal’, incorporado na cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda; ou em privacidade pessoal, conjugal, familiar e sexual que se diz protegida pelo *Bill os Rights* ou suas penumbras, [...]; ou entre aqueles direitos reservados ao povo pela Nona Emenda.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 130. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>82</sup> Em tradução livre: “[...] no *commom law*, no momento da adoção da nossa Constituição, e durante a maior parte do século XIX, o abortamento foi visto com menor reprovação do que sob a maioria dos estatutos americanos atualmente em vigor.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p.

Destarte, evidenciar-se-ia que foi durante a parte final do século XIX que a criminalização das práticas abortivas ganhou força nos Estados Unidos da América. Assim, Blackmun passou a buscar as razões para essa maior perseguição a tais práticas.

Em sua tentativa de encontrar as motivações para uma proibição mais radical das práticas abortivas, Blackmun apresentou três hipóteses. Uma possibilidade de explicar o fortalecimento da repressão estaria na tentativa de reprimir determinadas condutas sexuais. Nesse sentido: “[i]t has been argued occasionally that these laws were the product of a Victorian social concern to discourage illicit sexual conduct.”<sup>83</sup>

Outra possível fonte de explicação seria a proteção da mulher grávida. Assim,

A second reason is concerned with abortion as a medical procedure. When most criminal abortion laws were first enacted, the procedure was a hazardous one for the woman. [...] Antiseptic techniques, of course, were based on discoveries by Lister, Pasteur, and others first announced in 1867, but were not generally accepted and employed until about the turn of the century. Abortion mortality was high. Even after 1900, and perhaps until as late as the development of antibiotics in the 1940's, standard modern techniques such as dilation and curettage were not nearly so safe as they are today.<sup>84</sup>

Por fim, a condenação das práticas abortivas poderia ter como foco a proteção da vida do feto. Nesse sentido:

Only when the life of the pregnant mother herself is at stake, balanced against the life she carries within her, should the interest of the embryo or fetus not prevail. Logically, of course, a legitimate state interest in this area need not stand or fall on acceptance of the belief that life begins at conception or at some other point prior to live birth.

---

141. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>83</sup> Em tradução livre: “Tem sido argumentado ocasionalmente que essas leis eram o produto de uma preocupação social vitoriana para desencorajar a conduta sexual ilícita.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 149. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>84</sup> Em tradução livre: “A segunda razão diz respeito ao abortamento como um procedimento médico. Quando a maioria das leis de abortamento criminal foi promulgada pela primeira vez, o procedimento era perigoso para a mulher. [...] As técnicas antissépticas, é claro, baseavam-se em descobertas de Lister, Pasteur e outros, anunciadas pela primeira vez em 1867, mas não eram amplamente aceitas e empregadas até a virada do século. A mortalidade pelo abortamento foi alta. Mesmo depois de 1900, e talvez até o desenvolvimento de antibióticos na década de 1940, as técnicas modernas padrão, como a dilatação e a curetagem, não eram tão seguras quanto são hoje.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 149-150. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

In assessing the State's interest, recognition may be given to the less rigid claim that as long as at least potential life is involved, the State may assert interests beyond the protection of the pregnant woman alone.<sup>85</sup>

Após apresentar essa análise histórica a respeito do tema, Blackmun partiu para a interpretação da lei texana à luz da Constituição dos Estados Unidos da América e de precedentes considerados importantes para o caso.<sup>86</sup> Para compreender-se o percurso argumentativo apresentado pelo juiz Blackmun, faz-se necessário compreender o que caracterizou cada uma das decisões precedentes que ajudaram na construção do voto vencedor do caso *Roe contra Wade*.

### 3.1.1 Os Precedentes do Caso

O juiz Blackmun conduziu sua análise do caso *Roe contra Wade* usando como base alguns casos considerados importantes para a fundamentação: do direito à privacidade; da relação entre este direito à privacidade e a liberdade sexual; do fato de que existe limitação ao direito à liberdade; assim como do fato de que existem exceções para a punição de práticas abortivas. Portanto, agora pretende-se demonstrar como cada ponto é formulado com base nos precedentes apresentados.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Em tradução livre: “Somente quando a vida da mãe grávida está em jogo, concorrendo com a vida que ela carrega dentro de si, o interesse do embrião ou do feto não deve prevalecer. Logicamente, é claro, um interesse estatal legítimo nessa área não precisa se sustentar na aceitação da crença de que a vida começa na concepção ou em algum outro ponto antes do nascimento vivo. Ao avaliar o interesse do Estado, o reconhecimento pode ser dado à afirmação menos rígida de que, desde que pelo menos a vida potencial esteja envolvida, o Estado pode reivindicar interesses além da proteção da gestante sozinha.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade**, **410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 150. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>86</sup> O voto do juiz Blackmun cita 74 casos precedentes, sendo que destes, 17 são decisões da própria Suprema Corte que estão diretamente relacionados com a questão de mérito. Destarte, são estes 17 casos que nos interessam para a análise da aplicação do integralismo defendido por Dworkin para a chegada à conclusão do caso em questão.

<sup>87</sup> Os 17 precedentes relacionados com a questão de mérito do caso *Roe contra Wade* serão apresentados com base nas informações encontradas nas respectivas decisões da Suprema Corte. Quando não houver indicação do voto levado em consideração, analisar-se-á o voto que expressa a decisão da Corte, mas havendo a indicação de Blackmun a respeito de um voto específico (voto concorrente ou voto dissidente) a análise recairá sobre tal voto. A distribuição dos casos respeitará a delimitação apontada pelo juiz Blackmun e em cada seção as decisões estarão apresentadas em ordem cronológica.

### 3.1.1.1 Direito à Privacidade

Com relação ao reconhecimento da existência de um direito à privacidade, Blackmun afirmou:

The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U. S. 250, 251 (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment, *Stanley v. Georgia*, 394 U. S. 557, 564 (1969); in the Fourth and Fifth Amendments, *Terry v. Ohio*, 392 U. S. 1, 8-9 (1968), *Katz v. United States*, 389 U. S. 347, 350 (1967), *Boyd v. United States*, 116 U. S. 616 (1886), see *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting); in the penumbras of the Bill of Rights, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. at 484-485; in the Ninth Amendment, *id.* at 486 (Goldberg, J., concurring); or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment, see *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923). These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed "fundamental" or "implicit in the concept of ordered liberty," *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937), are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage, *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967); procreation, *Griswold v. Oklahoma*, 316 U. S. 535, 541-542 (1942); contraception, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. at 453-454; *id.* at 460, 463-465 (WHITE, J., concurring in result); family relationships, *Prince v. Massachusetts*, 321 U. S. 158, 166 (1944); and childrearing and education, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, 535 (1925), *Meyer v. Nebraska*, *supra*.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Em tradução livre: "A Constituição não menciona explicitamente nenhum direito de privacidade. Em uma linha de decisões, no entanto, voltando talvez até *Union Pacific R. Co. contra Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891), a Corte reconheceu que um direito de privacidade pessoal, ou uma garantia de certas áreas ou zonas de privacidade, existe sob a Constituição. Em contextos variados, a Corte ou juízes individuais, de fato, encontraram pelo menos as raízes desse direito na Primeira Emenda, *Stanley contra Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969); na Quarta e Quinta Emendas, *Terry contra Ohio*, 392 U.S. 1, 8-9 (1968), *Katz contra Estados Unidos*, 389 U.S. 347, 350 (1967), *Boyd contra Estados Unidos*, 116 U.S. 616 (1886), ver *Olmstead contra Estados Unidos*, 277 U.S. 438, 478 (1928) (BRANDEIS, J., dissidente); nas penumbras do *Bill of Rights*, *Griswold contra Connecticut*, 381 U.S. em 484-485; na Nona Emenda, em 486 (GOLDBERG, J., concorrente); ou no conceito de liberdade garantido pela primeira seção da Décima Quarta Emenda, ver *Meyer contra Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923). Estas decisões deixam claro que apenas os direitos pessoais que podem ser considerados 'fundamentais' ou 'implícitos no conceito de liberdade ordenada', *Palko contra Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937), estão incluídos nesta garantia de privacidade pessoal. Eles também deixam claro que o direito tem alguma extensão para atividades relacionadas aos casamento, *Loving contra Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967); procriação, *Griswold contra Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541-542 (1942); contracepção, *Eisenstadt contra Baird*, 405 U.S. em 453-454 e 460, 463-465 (WHITE, J., concorrendo no resultado); relações familiares, *Prince*



Objetivando compreender melhor a evolução da fundamentação do direito à privacidade, busca-se identificar como cada uma das decisões citadas contribuiu para seu reconhecimento quando da decisão do caso *Roe contra Wade*. Para tanto, é importante conhecer um pouco melhor cada um desses precedentes e suas decisões.

### 3.1.1.1.1 Caso *Boyd contra United States*

A decisão do caso *Boyd contra United States*, proferida em 1º de fevereiro de 1886, tinha como tema a alegação da defesa da empresa E. A. Boyd & Sons de que a necessidade de apresentar documentos privados para comprovar sua inocência quanto à acusação de sonegação de taxas de importação poderia gerar autoincriminação. Portanto, a defesa da empresa alegou que a situação feriria os direitos assegurados pela Quarta e pela Quinta Emendas à Constituição.<sup>89</sup>

O juiz Bradley foi o responsável por proferir o voto que expressou o entendimento da Corte. Nele afirmou-se que a prática de obrigar alguém a fazer prova contra si mesmo seria contrária ao histórico estadunidense. Segundo Bradley:

---

*contra Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944); e criação e educação de crianças, *Pierce contra Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925), *Meyer contra Nebraska*, *supra*.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 152-153. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>89</sup> A Quarta Emenda assegura que: “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.”. Em tradução livre: “O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e propriedades, contra buscas e apreensões injustificadas, não será violado e nenhum mandado será emitido, a menos que baseado em causa provável, sustentada por juramento ou afirmação, e com descrição do local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.”

Já na Quinta Emenda consta que: “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.”. Em tradução livre: “Nenhuma pessoa será obrigada a responder por capital, ou outra forma de crime infame, a menos que em uma apresentação ou acusação de um Grande Júri, exceto em casos que surjam na terra ou forças navais, ou em milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou perigo público; tampouco alguém deve ser sujeito, pela mesma ofensa, ser colocado em risco de vida ou integridade; nem será obrigado a ser testemunha contra si em um caso criminal, tampouco ser privado de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem a propriedade privada será tomada para uso público sem justa compensação.” (UNITED STATES OF AMERICA. **The U.S. Bill of Rights**. Whashington D.C., 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.).

[...] any compulsory discovery by extorting the party's oath, or compelling the production of his private books and papers, to convict him of crime or to forfeit his property, is contrary to the principles of a free government. It is abhorrent to the instincts of an Englishman; it is abhorrent to the instincts of an American. It may suit the purposes of despotic power, but it cannot abide the pure atmosphere of political liberty and personal freedom.<sup>90</sup>

Assim, reconheceu-se a existência de um direito à privacidade, ancorado nos conteúdos expressos pela Quarta e pela Quinta Emendas à Constituição. Devido a isso, a Suprema Corte reviu a decisão atacada pela defesa da empresa E. A. Boyd & Sons, declarando inconstitucional norma que obriga a divulgação de informações particulares. Nesse sentido:

We think that the notice to produce the invoice in this case, the order by virtue of which it was issued, and the law which authorized the order were unconstitutional and void, and that the inspection by the district attorney of said invoice, when produced in obedience to said notice, and its admission in evidence by the court, were erroneous and unconstitutional proceedings. We are of opinion, therefore, that *The judgment of the Circuit Court should be reversed, and the cause remanded with directions to award a new trial.*<sup>91</sup>

Portanto, a Suprema Corte reconhecia o direito à privacidade como um direito constitucional.

### 3.1.1.1.2 Caso *Union Pacific contra Botsford*

No caso *Union Pacific contra Botsford*, decidido em 25 de maio de 1891, a análise recaiu sobre a solicitação da defesa da empresa Pacific Railway para que a

<sup>90</sup> Em tradução livre: “[...] qualquer descoberta compulsória, extorquindo o juramento do partido, ou forçando a produção de seus livros e documentos privados, a condená-lo por crime ou a perder sua propriedade, é contrária aos princípios de um governo livre. É repugnante aos instintos de um inglês; é abominável aos instintos de um americano. Pode servir aos propósitos do poder despótico, mas não pode suportar a atmosfera pura da liberdade política e da liberdade pessoal.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Boyd v. United States, 116 U.S. 616**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de fevereiro de 1886. p. 632-633. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.).

<sup>91</sup> Em tradução livre: “Nós pensamos que o aviso para produzir a fatura neste caso, a ordem em que foi emitida e a lei que autorizou a ordem eram inconstitucionais e nulos, e que a inspeção pelo procurador da referida fatura, quando produzida em obediência à referida notificação e sua admissão como evidência pelo tribunal, foram processos errôneos e inconstitucionais. Somos da opinião, portanto, de que o julgamento do Tribunal deveria ser revertido e a causa remandada com indicações para conceder um novo julgamento.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Boyd v. United States, 116 U.S. 616**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de fevereiro de 1886. p. 639. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

autora da ação, Clara L. Botsford, fosse submetida a exames com acompanhamento do cirurgião médico vinculado à empresa. A finalidade de tais exames seria verificar os alegados danos relacionados com o acidente sofrido pela autora, quando uma cama superior caiu sobre ela.

No voto que apresentou a opinião da Corte, o juiz Gray concluiu que o Estado não pode obrigar alguém a fazer um exame contra seu interesse. Segundo ele:

The single question presented by this record is whether, in a civil action for an injury to the person, the court, on application of the defendant and in advance of the trial may order the plaintiff without his or her consent, to submit to a surgical examination as to the extent of the injury sued for. We concur with the circuit court in holding that it had no legal right or power to make and enforce such an order. No right is held more sacred or is more carefully guarded by the common law than the right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others unless by clear and unquestionable authority of law.<sup>92</sup>

Assim, segundo a Corte, a Constituição dos Estados Unidos da América não respaldaria a obrigatoriedade de se fazer exames, uma vez que isso atentaria contra o direito sagrado de liberdade, que asseguraria a possibilidade de não ser submetido a exame indesejado, respeitando a privacidade da pessoa. Portanto: “[t]he order moved for, subjecting the plaintiff’s person to examination by a surgeon without her consent and in advance of the trial, was not according to the common law, to common usage, or to the statutes of the United States.”<sup>93</sup>

Consequentemente, a Suprema Corte negou a solicitação da empresa, fundando seu posicionamento na existência de um direito à privacidade a ser respeitado na situação em análise.

---

<sup>92</sup> Em tradução livre: “A única pergunta apresentada por este registro é se, em uma ação civil por lesão à pessoa, o tribunal, a pedido do réu e antes do julgamento, pode ordenar ao queixoso, sem o seu consentimento, submeter-se a exame cirúrgico para verificar a extensão do dano demandado. Concordamos com o tribunal ao sustentar que não tinha nenhum direito ou poder legal de fazer e executar tal ordem. Nenhum direito é considerado mais sagrado ou é mais cuidadosamente guardado pela *common law* do que o direito de todo indivíduo à posse e controle de sua própria pessoa, livre de toda restrição ou interferência de outros, a menos que seja clara e inquestionável a autoridade da lei.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Union Pacific Railway Co. v. Botsford**, 141 U.S. 250. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 25 de maio de 1891. p. 252. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/141/250/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>93</sup> Em tradução livre: “A ordem movida para sujeitar a pessoa da demandante ao exame por um cirurgião sem o seu consentimento e antes do julgamento não estava de acordo com a *common law*, para o uso comum, ou para os estatutos dos Estados Unidos da América.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Union Pacific Railway Co. v. Botsford**, 141 U.S. 250. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 25 de maio de 1891. p. 258. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/141/250/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.



### 3.1.1.1.3 Caso Meyer contra Nebraska

Decidido pela Suprema Corte em 4 de junho de 1923, a apelação visava rever a condenação de Meyer, por ensinar alemão ao menino Raymond Parpart, de 10 anos. A condenação ocorrera porque no estado de Nebraska havia lei proibindo o ensino de língua estrangeira em escolas para crianças que ainda não estivessem na oitava série. Segundo a defesa, a lei estadual estaria em desacordo com o conteúdo da Décima Quarta Emenda à Constituição.

Em seu voto, que representou o posicionamento da Corte, o juiz McReynolds afirmou que a lei do estado de Nebraska, de fato, desrespeitava o conteúdo da Décima Quarta Emenda ao limitar a liberdade no campo da educação. Nesse sentido, a decisão teve como base a ideia de que a liberdade não pode ser limitada de forma arbitrária, sem que tal limitação tenha uma justificativa aceitável em defesa do bem coletivo. Nas palavras de McReynolds:

The established doctrine is that this liberty may not be interfered with, under the guise of protecting the public interest, by legislative action which is arbitrary or without reasonable relation to some purpose within the competency of the State to effect. Determination by the legislature of what constitutes proper exercise of police power is not final or conclusive, but is subject to supervision by the courts.<sup>94</sup>

Portanto, a lei do estado do Nebraska deveria ser considerada inconstitucional. Afinal: “[e]vidently the legislature has attempted materially to interfere with the calling of modern language teachers, with the opportunities of pupils to acquire knowledge, and with the power of parents to control the education of their own.”<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup>Em tradução livre: “A doutrina estabelecida é de que essa liberdade não pode ser interferida sob o disfarce de proteger o interesse público, por ação legislativa que seja arbitrária ou sem relação razoável com algum propósito dentro da competência do Estado para efetivar. A determinação do legislador a respeito de o que constitui o exercício adequado do poder de polícia não é final ou conclusiva, mas está sujeita à supervisão dos tribunais.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho de 1923. p. 400-401. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>95</sup>Em tradução livre: “Evidentemente, a legislatura tentou interferir materialmente na convocação de professores de línguas modernas, com as oportunidades de os alunos adquirirem conhecimento e com o poder dos pais de controlarem a educação de seus filhos.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho de 1923. p. 402. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

Assim, haja vista que a lei ultrapassaria o campo de intervenção aceitável do estado, a decisão da Corte foi pela revisão da condenação de Meyer.

#### 3.1.1.1.4 *Caso Pierce contra Society of Sisters*

O caso, movido por duas mantenedores de escolas particulares, visava questionar uma lei estadual do Oregon que restringia a educação escolar das crianças por meio da obrigatoriedade de estudos em escolas estaduais. Na decisão, proferida em 1º de junho de 1925, o juiz McReynolds apresentou a conclusão de que nenhum estado tem o direito de obrigar que as crianças sejam educadas apenas por funcionários públicos. Afinal de contas, isso iria contra o direito à liberdade.

Segundo ele:

The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations.<sup>96</sup>

Portanto, novamente tendo como base a Décima Quarta Emenda, a Suprema Corte considerou inconstitucional uma lei que limitasse a liberdade de escolha relacionada com a educação básica.

#### 3.1.1.1.5 *Caso Olmstead contra United States*

Em decisão proferida em 04 de junho de 1928, a Suprema Corte confirmou a decisão da Corte de Apelação e manteve a condenação de Olmstead. Para a maioria dos juízes, a condenação de Olmstead, membro de uma quadrilha de traficantes de bebida, que fora pego em função de grampos telefônicos, era adequada, uma vez que os grampos telefônicos não foram feitos nas dependências

---

<sup>96</sup> Em tradução livre: “A teoria fundamental da liberdade, sobre a qual todos os governos desta União repousam, exclui qualquer poder geral do Estado para padronizar seus filhos, forçando-os a aceitar instrução apenas de professores públicos. A criança não é mera criatura do Estado; aqueles que a educam e dirigem seu destino têm o direito, juntamente com o alto dever, de reconhecê-la e prepará-la para obrigações adicionais.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Pierce v. Society of Sisters**, 268 U.S. 510. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de junho de 1925. p. 536. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

de uma propriedade privada, motivo pelo qual não estariam em desacordo com o conteúdo da Quarta Emenda à Constituição, como era alegado pela defesa.

Embora a decisão tenha sido apresentada pelo voto do juiz Taft, o caso é citado na decisão de *Roe contra Wade*, em função do voto dissidente do juiz Brandeis. Segundo ele, o uso dos grampos telefônicos desrespeitava a Quarta Emenda e consequentemente a Quinta Emenda à Constituição.

O argumento do juiz Brandeis repousava no fato de que a tecnologia havia avançado a ponto de ser necessária uma leitura mais abrangente do texto da Quarta Emenda. Em sua perspectiva:

When the Fourth and Fifth Amendments were adopted, "the form that evil had theretofore taken" had been necessarily simple. Force and violence were then the only means known to man by which a Government could directly effect self-incrimination. It could compel the individual to testify -- a compulsion effected, if need be, by torture. It could secure possession of his papers and other articles incident to his private life -- a seizure effected, if need be, by breaking and entry. [...] Subtler and more far-reaching means of invading privacy have become available to the Government. Discovery and invention have made it possible for the Government, by means far more effective than stretching upon the rack, to obtain disclosure in court of what is whispered in the closet.<sup>97</sup>

Portanto, a avanço tecnológico implicaria na necessidade de o telefone ser tratado, para fins de análise das garantias constitucionais, como a correspondência impressa era tratada até então. Afinal: “[t]he mail is a public service furnished by the Government. The telephone is a public service furnished by its authority. There is, in essence, no difference between the sealed letter and the private telephone message.”<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Em tradução livre: “Quando a Quarta e a Quinta Emendas foram adotadas, ‘a forma que o mal havia tomado até então’ era necessariamente simples. A força e a violência eram então o único meio conhecido pelo homem pelo qual um governo poderia efetuar diretamente a autoincriminação. Ele poderia obrigar o indivíduo a testemunhar – uma compulsão efetuada, se necessário, por meio de tortura. Poderia garantir a posse de seus documentos e outros artigos incidentes em sua vida privada – uma apreensão efetuada, se necessário, pela quebra e entrada. [...] Meios mais sutis e mais abrangentes de invasão da privacidade tornaram-se disponíveis ao governo. Descoberta e invenção tornaram possível para o governo, através de meios muito mais eficazes do que estender-se sobre o armário, obter a divulgação no tribunal do que é sussurrado no *closet*.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Olmstead v. United States, 277 U.S. 438**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho de 1928. p. 474. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>98</sup> Em tradução livre: “O correio é um serviço público fornecido pelo governo. O telefone é um serviço público fornecido por sua autoridade. Não há, em essência, nenhuma diferença entre a carta selada e a mensagem telefônica privada.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Olmstead v. United States, 277 U.S. 438**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho

Tendo em vista essa necessidade de igual tratamento aos dois modelos de comunicação, não restaria outra opção além de considerar inconstitucional o uso da prova resultante de grampo telefônico para a condenação de Olmstead, tornando o ato de grampear um telefone equivalente ao de violação de correspondência. Segundo Brandeis:

The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings, and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone -- the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment. And the use, as evidence in a criminal proceeding, of facts ascertained by such intrusion must be deemed a violation of the Fifth.<sup>99</sup>

Destarte, na visão de Brandeis, que serviu de inspiração para o juiz Blackmun no caso *Roe contra Wade*, o uso do grampo telefônico violaria a privacidade do sujeito, desrespeitando o conteúdo da Quarta Emenda. Ademais, dessa violação teríamos a violação da Quinta Emenda, que impede a autoincriminação.

### 3.1.1.1.6 Caso *Palko contra Connecticut*

No caso *Palko contra Connecticut*, decidido em 06 de dezembro de 1937, a Suprema Corte teve que analisar a alegação de Palko, de que sua condenação à pena de morte estava em desacordo com o princípio do devido processo legal,

---

de 1928. p. 476. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>99</sup> Em tradução livre: “Os autores de nossa Constituição se comprometeram a garantir condições favoráveis à busca da felicidade. Eles reconheceram o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Eles sabiam que apenas uma parte da dor, prazer e satisfação da vida são encontrados nas coisas materiais. Eles procuraram proteger os americanos em suas crenças, seus pensamentos, suas emoções e suas sensações. Eles conferiram, contra o governo, o direito de serem deixados sozinhos - o mais abrangente dos direitos e o direito mais valorizado pelos homens civilizados. Para proteger esse direito, toda intromissão injustificável do governo sobre a privacidade do indivíduo, quaisquer que sejam os meios empregados, deve ser considerada uma violação da Quarta Emenda. E o uso, como prova em um processo criminal, de fatos apurados por tal intrusão deve ser considerado uma violação da Quinta.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Olmstead v. United States**, 277 U.S. 438. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho de 1928. p. 479-480. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

assegurado pela Décima Quarta Emenda à Constituição. Palko havia sido condenado, inicialmente, à prisão perpétua por assassinato em segundo grau, mas dessa decisão o estado de Connecticut recorreu e a condenação foi revista, por magistrados e não por um júri, para pena de morte, por assassinato em primeiro grau.

Assim, o juiz Cardozo, responsável pelo voto que apresentou a decisão da Suprema Corte, iniciou sua análise apresentando a reflexão a respeito da força das imunidades asseguradas pela Décima Quarta Emenda. Segundo ele: “[...] immunities that are valid as against the federal government by force of the specific pledges of particular amendments have been found to be implicit in the concept of ordered liberty, and thus, through the Fourteenth Amendment, become valid as against the states.”<sup>100</sup>

Sendo assim, de acordo com a Décima Quarta Emenda, os estados não poderiam sacrificar a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão dos indivíduos. De acordo com Cardozo:

We reach a different plane of social and moral values when we pass to the privileges and immunities that have been taken over from the earlier articles of the federal bill of rights and brought within the Fourteenth Amendment by a process of absorption. These, in their origin, were effective against the federal government alone. If the Fourteenth Amendment has absorbed them, the process of absorption has had its source in the belief that neither liberty nor Justice would exist if they were sacrificed.<sup>101</sup>

Logo, a Décima Quarta Emenda teria aumentado a proteção contra a atuação estatal, uma vez que passou a proteger os indivíduos não apenas da atuação do governo federal, mas também dos governos estaduais. Ademais, com o passar do

---

<sup>100</sup> Em tradução livre: “[...] as imunidades que são válidas em relação ao governo federal pela força das promessas específicas de emendas particulares foram consideradas implícitas no conceito de liberdade ordenada, e assim, através da Décima Quarta Emenda, tornam-se válidas contra os estados.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Palko v. Connecticut**, 302 U.S. 319. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 06 de dezembro de 1937. p. 325-326. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>101</sup> Em tradução livre: “Alcançamos um plano diferente de valores sociais e morais quando passamos para os privilégios e imunidades que foram retirados dos artigos anteriores do *Bill of Rights* e trazidos para dentro da Décima Quarta Emenda por um processo de absorção. Estes, em sua origem, foram eficazes contra o governo federal sozinho. Se a Décima Quarta Emenda os tiver absorvido, o processo de absorção teve sua origem na crença de que nem a liberdade nem a justiça existiriam se fossem sacrificadas.” UNITED STATES OF AMERICA. **Palko v. Connecticut**, 302 U.S. 319. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 06 de dezembro de 1937. p. 327. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>>. Acesso em: 42 de jul. de 2019.

tempo entraram no rol destas liberdades asseguradas a liberdade de mente e a liberdade de ação. Nesse sentido: “[s]o it has come about that the domain of liberty, withdrawn by the Fourteenth Amendment from encroachment by the states, has been enlarged by latter-day judgments to include liberty of the mind as well as liberty of action.”<sup>102</sup>

No entanto, embora o juiz Cardozo tenha defendido um alargamento das liberdades tuteladas pela Décima Quarta Emenda, sua conclusão foi de que a condenação de Palko não representava um prejuízo a alguma liberdade fundamental sua. Assim, na decisão da Suprema Corte a condenação à pena de morte foi mantida.

### 3.1.1.1.7 Caso *Prince contra Massachusetts*

No caso *Prince contra Massachusetts*, decidido em 31 de janeiro de 1944, a Suprema Corte analisou o caso de Sarah Prince, que fora condenada por fornecer revistas e permitir que sua sobrinha de nove anos as vendesse. A condenação estava ancorada em lei estadual que proibia o trabalho na rua para meninos de até 12 anos e meninas de até 18 anos. Em sua defesa, Prince, que era testemunha de Jeová, alegava que a condenação desrespeitava sua liberdade religiosa e ia contra a Décima Quarta Emenda à Constituição.

Em seu voto, que apresentou o posicionamento da corte, o juiz Rutledge fez referência às decisões dos casos *Meyer contra Nebraska* e *Pierce contra Society of Sisters*, para reforçar a existência de liberdade para que os pais ensinem religião aos seus filhos. No entanto, Rutledge mencionou o fato de que tal liberdade não permite que os pais façam tudo o que lhes é desejado quando o assunto é o cuidado e a tutela das crianças. Afinal, “[p]arents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of

---

<sup>102</sup> Em tradução livre: “Então, o domínio da liberdade, retirado pela Décima Quarta Emenda, da invasão dos estados, foi ampliado pelos julgamentos modernos para incluir a liberdade da mente e a liberdade de ação.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Palko v. Connecticut**, **302 U.S. 319**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 06 de dezembro de 1937. p. 328. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>>. Acesso em: 12 de jun. de 2019.



their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves.”<sup>103</sup>

Em decorrência dessa limitação da liberdade de pais ou responsáveis para decidir a respeito da vida das crianças, os estados acabam tendo mais poder de tutela sobre as crianças do que sobre os adultos. Nas palavras do juiz:

We think that, with reference to the public proclaiming of religion, upon the streets and in other similar public places, the power of the state to control the conduct of children reaches beyond the scope of its authority over adults, as is true in the case of other freedoms, and the rightful boundary of its power has not been crossed in this case.<sup>104</sup>

Assim, tendo em vista a possibilidade de os estados exercerem um controle maior a respeito da exposição religiosa por parte de crianças, a Suprema Corte concluiu que o caso não apresentava desrespeito ao conteúdo da Décima Quarta Emenda à Constituição. Por consequência, a decisão manteve a condenação de Sarah Prince.

### 3.1.1.1.8 Caso *Loving contra Virginia*

No estado da Virginia, Richard Loving, um homem branco, e Mildred Jeter, uma mulher negra, haviam sido condenados a um ano de prisão em função de terem casado, uma vez que havia no estado uma lei proibindo o casamento interracial. Em segunda instância a condenação acabou sendo modificada, e eles tiveram a prisão suspensa por 25 anos, desde que fossem embora do estado.

Dada a insatisfação do casal com a decisão, o caso chegou à Suprema Corte. A argumentação deles baseava-se na tese de que a proibição de casamentos

---

<sup>103</sup> Em tradução livre: “Os pais podem ser livres para se tornarem mártires. Mas isso não significa que eles são livres, em circunstâncias idênticas, para fazer de seus filhos mártires, antes que eles tenham atingido a idade de discricção plena e legal, quando eles podem fazer essa escolha por si mesmos.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 31 de janeiro de 1944. p. 171. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>104</sup> Em tradução livre: “Pensamos que, com referência à proclamação pública da religião, nas ruas e em outros lugares públicos semelhantes, o poder do Estado de controlar a conduta das crianças ultrapassa o âmbito de sua autoridade sobre os adultos, como é verdade no caso de outras liberdades, e o limite legítimo de seu poder não foi ultrapassado neste caso.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 31 de janeiro de 1944. p. 171. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

interraciais estaria em oposição aos princípios de igual proteção e devido processo legal, assegurados pela Décima Quarta Emenda à Constituição.

A decisão da Suprema Corte foi proferida em 12 de junho de 1967, por meio do voto do juiz Warren. Segundo ele, a cláusula de igual proteção, de fato, tirava do estado a possibilidade de promover preconceito. Em suas palavras:

[...] the Equal Protection Clause requires the consideration of whether the classifications drawn by any statute constitute an arbitrary and invidious discrimination. The clear and central purpose of the Fourteenth Amendment was to eliminate all official state sources of invidious racial discrimination in the States.<sup>105</sup>

Destarte, ficaria evidente que a proibição de casamentos interraciais estaria em desacordo com a cláusula de igual proteção e com o desejo de abolir tratamentos preconceituosos praticados pelos próprios governos estaduais. Por esse motivo, de acordo com Warren: “[w]e have consistently denied the constitutionality of measures which restrict the rights of citizens on account of race. There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause.”<sup>106</sup>

Ademais, o casamento seria um direito civil básico, não cabendo ao estado proibi-lo quando tratar-se de casamento entre pessoas capazes. Na compreensão do juiz Warren:

Marriage is one of the "basic civil rights of man," fundamental to our very existence and survival. [...] To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations. Under our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another

---

<sup>105</sup> Em tradução livre: “A Cláusula de Igual Proteção exige que se considere se as classificações elaboradas por qualquer estatuto constituem uma discriminação arbitrária e invejosa. O objetivo claro e central da Décima Quarta Emenda era eliminar todas as fontes oficiais de discriminação racial nos Estados.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Loving v. Virginia, 388 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 12 de junho de 1967. p. 11. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>106</sup> Em tradução livre: “Nós temos negado consistentemente a constitucionalidade de medidas que restringem os direitos dos cidadãos por causa da raça. Não pode haver dúvidas de que restringir a liberdade de se casar apenas por causa de classificações raciais viola o significado central da Cláusula de Igual Proteção.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Loving v. Virginia, 388 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 12 de junho de 1967. p. 12-13. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.



race resides with the individual, and cannot be infringed by the State.<sup>107</sup>

Sendo assim, a Suprema Corte acolheu o argumento de que a condenação do casal era inconstitucional por desrespeitar o conteúdo da Décima Quarta Emenda à Constituição.

### 3.1.1.1.9 Caso *Katz contra United States*

Katz havia sido condenado em função de provas oriundas de escutas telefônicas realizadas por agentes do FBI, sem autorização judicial. Devido a isso sua defesa recorreu da condenação alegando desrespeito à proteção de sua privacidade, assegurada pela Quarta Emenda à Constituição.

Em decisão proferida em 18 de dezembro de 1967, o juiz Stewart, apresentando o entendimento da corte, alegou que o texto da Quarta Emenda serve para proteger as pessoas e não os locais. Sendo assim, seria preciso abandonar o entendimento apresentado em precedentes como o caso *Olmstead contra United States*, em que a Corte havia concluído que a proteção da privacidade estava vinculada à invasão de locais particulares. Assim, o voto do juiz Stewart retomou o argumento apresentado pelo juiz Brandeis em seu voto dissidente no caso de *Olmstead*.

Sendo assim, o juiz Stewart concluiu:

We conclude that the underpinnings of *Olmstead* and *Goldman* have been so eroded by our subsequent decisions that the "trespass" doctrine there enunciated can no longer be regarded as controlling. The Government's activities in electronically listening to and recording the petitioner's words violated the privacy upon which he justifiably relied while using the telephone booth, and thus constituted a "search and seizure" within the meaning of the Fourth Amendment. The fact that the electronic device employed to achieve that end did not

---

<sup>107</sup> Em tradução livre: "O casamento é um dos 'direitos civis básicos do homem', fundamental para nossa própria existência e sobrevivência. [...] Negar essa liberdade fundamental de forma tão insuportável como as classificações raciais incorporadas nesses estatutos, classificações tão diretamente subversivas do princípio da igualdade no cerne da Décima Quarta Emenda, é certamente privar todos os cidadãos da liberdade do Estado sem devido processo legal. A Décima Quarta Emenda exige que a liberdade de escolha para se casar não seja restringida por discriminações raciais. Nos termos da nossa Constituição, a liberdade de casar, ou não casar, com uma pessoa de outra raça reside no indivíduo e não pode ser infringida pelo Estado." UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Loving v. Virginia, 388 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 12 de junho de 1967. p. 13. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

happen to penetrate the wall of the booth can have no constitutional significance.<sup>108</sup>

Portanto, o avanço tecnológico justificaria uma revisão no entendimento a respeito do direito à privacidade protegido pela Quarta Emenda. Logo, a decisão foi no sentido de reverter a condenação de Katz, o que representou a adoção de nova interpretação a respeito do direito à privacidade.

#### 3.1.1.1.10 Caso *Terry contra Ohio*

No caso *Terry contra Ohio*, a Suprema Corte teve que se pronunciar acerca da legalidade de uma condenação baseada no uso de provas resultantes de atuação policial alegadamente injustificada. O condenado, Terry, havia sido flagrado portando de arma de fogo.

A defesa de Terry alegou que a forma como o revólver havia sido apreendido violaria o direito à privacidade protegido pela Quarta Emenda à Constituição, uma vez que o policial teria o encontrado ao realizarem uma abordagem injustificada. A tese de defesa incluía sustentar que a proteção de sua privacidade seria aplicável contra a atuação dos agentes estatais em função da Décima Quarta Emenda à Constituição.

No voto que apresentou o posicionamento da corte, o juiz Warren, em 10 de junho de 1968, concordou com o fato de que uma abordagem injustificada estaria em desacordo com o conteúdo da Quarta Emenda. Sendo assim, alegou que a questão de fundo seria identificar se a abordagem policial havia sido, de fato, injustificada. Em suas palavras:

Unquestionably petitioner was entitled to the protection of the Fourth Amendment as he walked down the street in Cleveland. [...] The question is whether, in all the circumstances of this on-the-street

---

<sup>108</sup> Em tradução livre: “Concluimos que os alicerces de *Olmstead* e *Goldman* foram tão corroídos por nossas decisões subsequentes que a doutrina ‘invadir’ ali enunciada não pode mais ser considerada como controladora. As atividades do governo em ouvir e registrar eletronicamente as palavras do petionário violavam a privacidade da qual ele se baseava justificadamente enquanto usava a cabine telefônica, constituindo assim uma ‘busca e apreensão’ dentro do significado da Quarta Emenda. O fato de que o dispositivo eletrônico empregado para atingir esse objetivo não tenha penetrado na parede do estande pode não ter significado constitucional.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Katz v. United States**, 389 U.S. 347. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 18 de dezembro de 1967. p. 354. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

encounter, his right to personal security was violated by an unreasonable search and seizure.<sup>109</sup>

Portanto, reconhecia-se que um agente policial que realizasse uma busca e apreensão injustificada estaria desrespeitando o direito à privacidade da pessoa que fosse alvo de sua atuação. No entanto, a questão em análise do caso que estava sendo julgado recairia na verificação de ter sido ou não injustificada a atuação policial. Nesse sentido afirmou o juiz Warren:

The crux of this case, [...] is not the propriety of Officer McFadden's taking steps to investigate petitioner's suspicious behavior, but, rather, whether there was justification for McFadden's invasion of Terry's personal security by searching him for weapons in the course of that investigation.<sup>110</sup>

Ao analisar as informações a respeito do caso, que apontavam para o fato de que Terry e outros dois sujeitos apresentavam uma conduta suspeita, como se estivessem esperando o momento mais adequado para a realização de um roubo, o juiz Warren conclui que haveria motivação suficiente para considerar adequada a conduta do policial que efetuou a abordagem de Terry. Na conclusão do juiz:

Officer McFadden confined his search strictly to what was minimally necessary to learn whether the men were armed and to disarm them once he discovered the weapons. He did not conduct a general exploratory search for whatever evidence of criminal activity he might find.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Em tradução livre: “Inquestionavelmente o peticionário tinha direito à proteção da Quarta Emenda enquanto caminhava pela rua em Cleveland. [...] A questão é se, em todas as circunstâncias deste encontro na rua, seu direito à segurança pessoal foi violado por uma busca e apreensão injustificada.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Terry v. Ohio, 392 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 10 de junho de 1968. p. 10. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>110</sup> Em tradução livre: “O cerne deste caso, [...] não é a possibilidade do oficial McFadden de tomar medidas para investigar o comportamento suspeito do peticionário, mas, sim, se havia justificativa para a invasão de McFadden da segurança pessoal de Terry, procurando por armas no curso dessa investigação.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Terry v. Ohio, 392 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 10 de junho de 1968. p. 24. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>111</sup> Em tradução livre: “O oficial McFadden limitou sua busca estritamente ao que era minimamente necessário para saber se os homens estavam armados e para desarmá-los assim que descobrisse as armas. Ele não realizou uma busca exploratória geral por qualquer evidência de atividade criminosa que ele pudesse encontrar.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Terry v. Ohio, 392 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 10 de junho de 1968. p. 31. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

Destarte, a decisão da Suprema Corte foi de que, embora os sujeitos tenham, em função da Quarta Emenda, um direito à privacidade que proíbe uma abordagem policial injustificada, esse não era o caso da situação em análise. Portanto, foi mantida a condenação de Terry.

### 3.1.1.1.11 Caso Stanley contra Georgia

O caso *Stanley contra Georgia* levou para a análise da Suprema Corte uma condenação por posse de material obsceno encontrado no quarto de Stanley, durante uma busca policial por evidências de ligação sua com o ramo ilegal de apostas. A defesa alegou que a condenação violava sua liberdade individual assegurada pela Primeira Emenda<sup>112</sup> à Constituição.

O juiz Marshall pronunciou, em 07 de abril de 1969, o voto que apresentou o posicionamento da Corte. Inicialmente, ele expressou sua concordância com a tese da defesa de que a mera posse de material obsceno não poderia ser considerada um crime. Em suas palavras:

Appellant argues here, and argued below, that the Georgia obscenity statute, insofar as it punishes mere private possession of obscene matter, violates the First Amendment, as made applicable to the States by the Fourteenth Amendment. For reasons set forth below, we agree that the mere private possession of obscene matter cannot constitutionally be made a crime.<sup>113</sup>

Após afirmar que a mera posse de material obsceno não poderia ser criminalizada, uma vez que feriria o disposto na Primeira Emenda, o juiz Marshall

<sup>112</sup> A Primeira Emenda faz parte do Bill of Rights, sendo caracterizada por sua defesa das liberdades individuais. Em sua formulação encontramos: “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.”. (Em tradução livre: “O Congresso não fará nenhuma lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibindo o livre exercício da mesma; ou abreviando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de solicitar ao Governo uma reparação de queixas.”). UNITED STATES OF AMERICA. **The U.S. Bill of Rights**. Washington D.C., 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>113</sup> Em tradução livre: “O recorrente argumenta aqui, e argumentou anteriormente, que o estatuto de obscenidade da Geórgia, na medida em que pune mera posse privada de matéria obscena, viola a Primeira Emenda, que se aplica aos estados pela Décima Quarta Emenda. Pelas razões expostas abaixo, concordamos que a mera posse privada de matéria obscena não pode constitucionalmente ser um crime.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de abril de 1969. p. 560. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

apresentou sua discordância com relação ao posicionamento do estado da Geórgia que tipificava tal ato. Nesse sentido afirmou o juiz:

He is asserting the right to be free from state inquiry into the contents of his library. Georgia contends that appellant does not have these rights, that there are certain types of materials that the individual may not read or even possess. Georgia justifies this assertion by arguing that the films in the present case are obscene. But we think that mere categorization of these films as "obscene" is insufficient justification for such a drastic invasion of personal liberties guaranteed by the First and Fourteenth Amendments.<sup>114</sup>

Assim, havendo desrespeito à Primeira Emenda, que tem seu conteúdo aplicado aos estados em função da Décima Quarta Emenda, seria possível concluir que a lei que fundamentava a condenação era inconstitucional. Afinal:

If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds.<sup>115</sup>

Nessa perspectiva, a decisão da Suprema Corte, pautada na liberdade individual assegurada pela Primeira Emenda à Constituição, foi no sentido de rever a condenação de Stanley.

### 3.1.1.2 Direito à Privacidade e a Liberdade Sexual

No desenvolvimento de seu raciocínio a respeito da análise da questão do abortamento, o juiz Blackmun abordou a existência de precedentes que, baseados

<sup>114</sup> Em tradução livre: "Ele está afirmando o direito de estar livre da investigação do estado sobre o conteúdo de sua biblioteca. A Geórgia alega que o recorrente não tem esses direitos, que existem certos tipos de materiais que o indivíduo não pode ler ou mesmo possuir. A Geórgia justifica esta afirmação argumentando que os filmes no presente caso são obscenos. Mas pensamos que a mera categorização desses filmes como 'obscenos' é uma justificativa insuficiente para uma invasão tão drástica das liberdades pessoais garantidas pela Primeira e Décima Quarta Emendas." UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de abril de 1969. p. 566. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>115</sup> Em tradução livre: "Se a Primeira Emenda significa alguma coisa, isso significa que um Estado não tem nada a dizer a um homem, sentado sozinho em sua própria casa, a respeito de que livros ele pode ler ou que filmes ele pode assistir. Toda a nossa herança constitucional se rebela com o pensamento de dar ao governo o poder de controlar as mentes dos homens." UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de abril de 1969. p. 566. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

na Décima Quarta Emenda à Constituição, afirmaram haver um direito à liberdade sexual. Nesse sentido foram citados os casos *Skinner contra Oklahoma ex rel. Williamson*, *Griswold contra Connecticut* e *Eisenstadt contra Baird*. Passa-se agora à exposição das conclusões de cada um dos precedentes apontados.

### 3.1.1.2.1 Caso *Skinner contra Oklahoma ex rel. Williamson*

O caso *Skinner contra Oklahoma ex rel. Williamson*, decidido em 1º de junho de 1942, fez com que a Suprema Corte se debruçasse sobre a constitucionalidade de lei do estado de Oklahoma que previa a esterilização de quem fosse considerado criminoso habitual. O conceito de criminoso habitual estava relacionado com sujeitos que fossem condenados duas ou mais vezes por crimes que envolvessem torpeza moral.

A questão chegou à Suprema Corte em função da situação de Skinner, que havia sido condenado por roubo de galinhas e outras duas vezes por assalto à mão armada, quando entrou em vigor a lei de esterilização de criminosos habituais. Portanto, de acordo com a nova lei, Skinner se enquadrava nos requisitos para ser esterilizado compulsoriamente. No entanto, a defesa de Skinner alegou que sua esterilização feriria a cláusula de igual proteção, assegurada pela Décima Quarta Emenda à Constituição, uma vez que direcionava tal punição apenas a determinados criminosos.

A decisão da corte foi apresentada no voto do juiz Douglas, que afirmou que a lei de Oklahoma colocava em risco o direito humano básico de um sujeito poder ter filhos. Na interpretação do juiz:

This case touches a sensitive and important area of human rights. Oklahoma deprives certain individuals of a right which is basic to the perpetuation of a race the right to have offspring. Oklahoma has decreed the enforcement of its law against petitioner, overruling his claim that it violated the Fourteenth Amendment.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> Em tradução livre: “Este caso toca uma área sensível e importante dos direitos humanos. Oklahoma priva certos indivíduos de um direito que é básico para a perpetuação de uma raça, o direito de ter filhos. Oklahoma decretou a aplicação de sua lei contra o peticionário, anulando sua alegação de que ela violou a Décima Quarta Emenda.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson**, 316 U.S. 535. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de junho de 1942. p. 537. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.



Assim, a possibilidade de um estado promover, arbitrariamente, a esterilização de determinados sujeitos implicaria em um risco à existência de determinados grupos sociais. Tal possibilidade poderia representar um prejuízo irreparável para determinadas pessoas tidas como indesejadas pelos governantes. Afinal:

Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race. The power to sterilize, if exercised, may have subtle, far-reaching and devastating effects. In evil or reckless hands, it can cause races or types which are inimical to the dominant group to wither and disappear. There is no redemption for the individual whom the law touches. Any experiment which the State conducts is to his irreparable injury. He is forever deprived of a basic liberty. We mention these matters not to reexamine the scope of the police power of the States. We advert to them merely in emphasis of our view that strict scrutiny of the classification which a State makes in a sterilization law is essential, lest unwittingly, or otherwise, invidious discriminations are made against groups or types of individuals in violation of the constitutional guaranty of just and equal laws.<sup>117</sup>

De acordo com isso, a decisão da Suprema Corte foi no sentido de reverter a decisão que permitia a esterilização de Skinner, uma vez que a lei de Oklahoma fazia distinção entre os criminosos que deveriam passar por tal procedimento, o que feriria a cláusula de igual proteção, assegurada pela Décima Quarta Emenda à Constituição. Ademais, o voto do juiz Douglas indicava a necessidade de proteção da liberdade reprodutiva, apontada por ele como um direito básico.

### 3.1.1.2.2 Caso *Griswold contra Connecticut*

Em *Griswold contra Connecticut*, a Suprema Corte teve que se posicionar a respeito da proibição de utilização de métodos contraceptivos. Isso porque Griswold,

---

<sup>117</sup> Em tradução livre: “Casamento e procriação são fundamentais para a própria existência e sobrevivência da raça. O poder de esterilizar, se exercido, pode ter efeitos sutis, de longo alcance e devastadores. Nas mãos malignas ou imprudentes, pode fazer com que raças ou tipos que são hostis ao grupo dominante murchem e desapareçam. Não há redenção para o indivíduo a quem a lei toca. Qualquer experimento que o Estado conduza é a sua lesão irreparável. Ele é para sempre privado de uma liberdade básica. Nós mencionamos essas questões para não reexaminar o alcance do poder policial dos estados. Anunciamos a eles apenas enfatizando nossa visão de que o escrutínio rigoroso da classificação que um estado faz em uma lei de esterilização é essencial, para que involuntariamente, ou de outra forma, sejam feitas discriminações iníquas contra grupos ou tipos de indivíduos em violação da garantia constitucional de leis justas e iguais UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de junho de 1942. p. 542. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

que era diretor da Liga de Planejamento Familiar, e Buxton, médico diretor da organização, haviam sido condenados por dar informações que ajudassem mulheres a prevenir concepções.

O caso chegou à Suprema Corte tendo como base a tese de que tal condenação feriria a proteção contra violação de direito fundamental por parte do estado, assegurada pela Décima Quarta Emenda à Constituição. Afinal, segundo a defesa, estava em jogo o respeito ao direito à privacidade conjugal.

No voto que decidiu a questão, em 07 de junho de 1965, o juiz Douglas frisou que um direito constitucional não precisa estar explícito para existir. Segundo ele:

The association of people is not mentioned in the Constitution nor in the Bill of Rights. The right to educate a child in a school of the parents' choice -- whether public or private or parochial -- is also not mentioned. Nor is the right to study any particular subject or any foreign language. Yet the First Amendment has been construed to include certain of those rights.<sup>118</sup>

Portanto, o juiz Douglas defendeu a ideia de que os exemplos de liberdades expressos na Primeira Emenda não são taxativos, a ponto de ser possível considerar que ela protege outras liberdades além das citadas. Note-se que seu argumento faz referência a decisões importantes no que diz respeito ao reconhecimento do direito à liberdade. Decisões essas que posteriormente também foram citadas no caso *Roe contra Wade*.

Na sequência de sua exposição, o juiz Douglas reforçou o fato de que a Suprema Corte já havia reconhecido diversos direitos não explícitos. Em suas palavras:

Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers "in any house" in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the "right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable

<sup>118</sup> Em tradução livre: "A associação de pessoas não é mencionada na Constituição nem no *Bill of Rights*. O direito de educar uma criança em uma escola de escolha dos pais - seja pública ou privada ou paroquial - também não é mencionado. Tampouco é o direito de estudar qualquer assunto em particular ou qualquer idioma estrangeiro. No entanto, a Primeira Emenda foi construída para incluir alguns desses direitos." UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut**, 381 U.S. 479. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de junho de 1965. p. 483. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.



searches and seizures." The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people." The Fourth and Fifth Amendments were described in *Boyd v. United States*, [...], as protection against all governmental invasions "of the sanctity of a man's home and the privacies of life."<sup>119</sup>

Sendo assim, seria possível afirmar que o caso em análise estava pautado em um direito constitucional. Afinal de contas, a proibição do uso de métodos contraceptivos colocaria em risco o direito à privacidade conjugal.

Nesse sentido, o juiz Douglas apresentou o questionamento a respeito de qual a possibilidade de o estado desrespeitar a intimidade de um casal e promover buscas nos quartos dos casais procurando medicamentos contraceptivos.

The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, in forbidding the use of contraceptives, rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship. Such a law cannot stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a "governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation may not be achieved by means which sweep unnecessarily broadly and thereby invade the area of protected freedoms." [...] Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> Em tradução livre: "Várias garantias criam zonas de privacidade. O direito de associação contido na penumbra da Primeira Emenda, como vimos, é um. A Terceira Emenda, em sua proibição contra o aquartelamento de soldados 'em qualquer casa' em tempo de paz sem o consentimento do proprietário, é outra faceta dessa privacidade. A Quarta Emenda afirma explicitamente o 'direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e propriedades, contra buscas e apreensões injustificadas'. A Quinta Emenda, em sua Cláusula de Autoincriminação, permite ao cidadão criar uma zona de privacidade que o governo não pode forçá-lo a se render em seu detrimento. A Nona Emenda prevê: 'A enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada como negação ou depreciação de outros direitos retidos pelo povo'. A Quarta e a Quinta Emendas foram descritas em *Boyd contra Estados Unidos*, [...], como proteção contra todas as invasões governamentais 'da santidade do lar de um homem e das privacidades da vida'." UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut**, 381 U.S. 479. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de junho de 1965. p. 485. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>120</sup> Em tradução livre: "O presente caso, então, diz respeito a uma relação situada dentro da zona de privacidade criada por várias garantias constitucionais fundamentais. E diz respeito a uma lei que, ao proibir o uso de anticoncepcionais, em vez de regulamentar sua fabricação ou venda, procura alcançar seus objetivos por meio de um impacto destrutivo máximo sobre essa relação. Tal lei não

Portanto, a decisão da Corte foi pela revisão da condenação, uma vez que ela havia sido baseada em uma lei que desrespeitava o direito à privacidade conjugal. Afinal, tal direito, embora não explicitamente, estaria assegurado nas penumbras do *Bill of Rights*.

### 3.1.1.2.3 Caso *Eisenstadt contra Baird*

Em decisão proferida no dia 22 de março de 1972, a Suprema Corte apresentou seu posicionamento a respeito da reversão de condenação de William Baird. Em primeira instância Baird havia sido condenado por dar um medicamento contraceptivo a uma mulher solteira, uma vez que lei do estado de Nova Iorque proibia tratamento contraceptivo para solteiras.

A defesa de Baird apelou da decisão, alegando que a proibição de tratamento contraceptivo para mulheres solteiras desrespeitava a cláusula de igual proteção assegurada pela Décima Quarta Emenda à Constituição, já que tal tratamento era permitido para mulheres casadas. A tese da defesa foi acolhida pelo Tribunal de Apelação, que reviu a decisão de primeira instância. No entanto, o xerife de Suffolk County, inconformado com a decisão do Tribunal de Apelação, recorreu e levou o caso para a Suprema Corte.

Em seu voto, que foi adotado como posicionamento da Corte, o juiz Brennan afirmou que o tratamento diferenciado para solteiras e casadas na questão da permissão de métodos contraceptivos violava a cláusula de igual proteção. Segundo ele: “[...] we hold that the statute, viewed as a prohibition on contraception per se, violates the rights of single persons under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment.”<sup>121</sup>

---

pode permanecer à luz do princípio familiar, tão frequentemente aplicado por este Tribunal, que um ‘propósito governamental de controlar ou impedir atividades constitucionalmente sujeitas à regulação estatal não pode ser alcançado por meios que as varram de forma desnecessariamente ampla e assim invadam a área de liberdades protegidas’. [...] Será que permitiríamos que a polícia revisasse os recintos sagrados dos quartos conjugais por sinais reveladores do uso de contraceptivos? A própria ideia é repulsiva para as noções de privacidade em torno do relacionamento conjugal.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de junho de 1965. p. 486-487. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>121</sup> Em tradução livre: “[...] entendemos que o estatuto, visto como uma proibição da contracepção em si, viola os direitos das pessoas solteiras sob a cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de março de 1972. p. 444. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

De acordo com Brennan, o precedente apresentado por *Griswold contra Connecticut*, já demonstrara a impossibilidade de proibir o uso de métodos contraceptivos às mulheres casadas. Agora, a aplicação da cláusula de igual proteção conduziria à mesma decisão no que diz respeito às mulheres solteiras.

Nesse sentido:

If, under *Griswold*, the distribution of contraceptives to married persons cannot be prohibited, a ban on distribution to unmarried persons would be equally impermissible. It is true that, in *Griswold*, the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity, with a mind and heart of its own, but an association of two individuals, each with a separate intellectual and emotional makeup. If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.<sup>122</sup>

Consequentemente, compreendendo que a privacidade conjugal, em seu âmago serve para proteger a privacidade e a liberdade das pessoas que formam o casal, o juiz Brennan concluiu que ela também justificaria a proteção da liberdade de escolha das mulheres solteiras. Destarte, tendo em vista a necessidade de tratamento igualitário entre as mulheres casadas e as mulheres solteiras, o caso *Eisenstadt contra Baird* também deveria ser julgado com base no princípio da privacidade. Por isso, a conclusão da corte foi pela manutenção da decisão do Tribunal de Apelação que havia inocentado Baird.

Há de se fazer referência ao fato de que o voto do juiz Blackmun, no caso *Roe contra Wade*, fez referência também ao voto concorrente do caso *Eisenstadt contra Baird*. Tal voto foi proferido pelo juiz White e contou com a concordância do próprio juiz Blackmun, que já fazia parte da Suprema Corte na época.

---

<sup>122</sup> Em tradução livre: “Se, sob *Griswold*, a distribuição de contraceptivos a pessoas casadas não puder ser proibida, uma proibição de distribuição a pessoas solteiras seria igualmente inadmissível. É verdade que, em *Griswold*, o direito à privacidade em questão é inerente ao relacionamento conjugal. No entanto, o casal conjugal não é uma entidade independente, com mente e coração próprios, mas uma associação de dois indivíduos, cada um com uma composição intelectual e emocional separada. Se o direito à privacidade significa alguma coisa, é o direito do indivíduo, casado ou solteiro, estar livre de intrusão governamental injustificada em questões que afetam fundamentalmente uma pessoa como a decisão de gerar uma criança.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. ***Eisenstadt v. Baird***, 405 U.S. 438. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de março de 1972. p. 454. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

Segundo o juiz White, a decisão do Tribunal de Apelação deveria ser mantida, mas não seria necessário refletir a respeito da necessidade de tratamento igualitário às mulheres casadas e solteiras, uma vez que o processo não era conclusivo a respeito de a mulher envolvida na situação que levou à condenação inicial de Baird ser casada ou solteira. Logo, o caso deveria ser solucionado pelo simples respeito à liberdade reprodutiva.

### 3.1.1.3 Limitação ao Direito à Liberdade

Após analisar os precedentes relacionados com o direito à liberdade e à privacidade e como eles limitariam a atuação estatal com relação à vida sexual dos sujeitos, o juiz Blackmun passou a analisar se haveria uma limitação para a tutela da liberdade. Nesse sentido, foram citados como precedentes os casos *Jacobson contra Massachusetts* e *Buck contra Bell*.

#### 3.1.1.3.1 Caso *Jacobson contra Massachusetts*

Ao analisar o caso *Jacobson contra Massachusetts*, a Suprema Corte teve que se pronunciar a respeito da possibilidade de um estado obrigar seus cidadãos a serem vacinados. No caso específico, Jacobson havia sido condenado a pagar uma multa de cinco dólares em função de ter se negado a ser vacinado.

A posição da Corte foi apresentada no voto do juiz Harlan, proferido em 20 de fevereiro de 1905. Segundo ele, a questão fundamental seria verificar se a obrigatoriedade da vacinação atentaria contra o direito constitucional à liberdade.

Em sua análise, o juiz Harlan conclui que a liberdade, embora fosse um direito constitucional, deveria ser pautada pela busca do bem comum. Segundo ele:

[...] the liberty secured by the Constitution of the United States to every person within its jurisdiction does not import an absolute right in each person to be, at all times and in all circumstances, wholly freed from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good. On any other basis, organized society could not exist with safety to its members. Society based on the rule that each one is a law unto himself would soon be confronted with disorder and anarchy. Real liberty for all could not exist under the operation of a principle which recognizes the right of each individual person to use his own, whether in respect of his

person or his property, regardless of the injury that may be done to others.<sup>123</sup>

Desse modo, para a manutenção de uma sociedade organizada e pacífica, seria fundamental que as liberdades individuais fossem limitadas pelo Estado em função da proteção das liberdades alheias. Assim, justificar-se-ia que a liberdade fosse regulada por lei.

Nas palavras do juiz Harlan: “[e]ven liberty itself, the greatest of all rights, is not unrestricted license to act according to one's own will. It is only freedom from restraint under conditions essential to the equal enjoyment of the same right by others. It is then liberty regulated by law”.<sup>124</sup>

Nesse sentido, não haveria liberdade quando sua expressão implicasse em inexistência de liberdade para terceiros. Portanto, em determinadas circunstâncias o bem da coletividade implicaria em possibilidade de restrição da liberdade de determinados sujeitos. No entanto, essas restrições das liberdades individuais deveriam estar fundamentadas em condições razoáveis e critérios justificáveis.

Sendo assim, a liberdade, enquanto direito constitucional, estaria relacionada com a possibilidade de viver e trabalhar onde se desejar, mas não seria ilimitada a ponto de permitir que um sujeito colocasse em risco a integridade dos demais ao optar por não ser vacinado durante um surto de determinada doença. Por consequência, a decisão da Suprema Corte foi pela manutenção da condenação de Jacobson.

---

<sup>123</sup> Em tradução livre: “[...] a liberdade garantida pela Constituição dos Estados Unidos a toda pessoa dentro de sua jurisdição não importa que um direito absoluto em cada pessoa seja, em todos os momentos e em todas as circunstâncias, inteiramente isento de restrições. Existem múltiplas restrições às quais todas as pessoas estão necessariamente sujeitas ao bem comum. Em qualquer outra base, a sociedade organizada não poderia existir com segurança para seus membros. A sociedade baseada na regra de que cada um é uma lei em si mesmo logo seria confrontada com desordem e anarquia. A liberdade real para todos não poderia existir sob a operação de um princípio que reconhece o direito de cada pessoa de usar a sua liberdade, seja em relação a sua pessoa ou a sua propriedade, independentemente do dano que possa ser feito a outros.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 20 de fevereiro de 1905. p. 27. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>124</sup> Em tradução livre: “Até a própria liberdade, o maior de todos os direitos, não é uma licença irrestrita para agir de acordo com a própria vontade. Há liberdade somente com restrição sob condições essenciais para o desfrute igual do mesmo direito por outros. É então a liberdade regulada pela lei.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 20 de fevereiro de 1905. p. 27-28. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

### 3.1.1.3.2 Caso *Buck contra Bell*

Ao analisar o caso *Buck contra Bell*, os juízes da Suprema Corte tiveram que refletir a respeito da possibilidade de esterilização compulsória de pacientes internados em clínicas para deficientes mentais. O caso em si estava relacionado com a situação de Carry Buck, deficiente mental, que era filha de uma mulher com deficiência mental e já havia se tornado mãe de uma criança com a mesma característica. Ela estava internada em uma colônia para epiléticos e deficientes mentais quando entrou em vigor uma lei estadual na Virgínia que permitia a esterilização de deficientes mentais internados em instituições de saúde.

A questão chegou à Suprema Corte em função de alegação de que a esterilização de Buck desrespeitaria a cláusula de igual proteção, protegida pela Décima Quarta Emenda à Constituição, uma vez que a prática de esterilização não estaria prevista para todas as pessoas com deficiências mentais, mas apenas para as que fossem internas em instituições de saúde. No entanto, o entendimento da Corte, exposto pelo voto do juiz Holmes, em 02 de maio de 1927, usou o precedente de *Jacobson contra Massachusetts* para assegurar a constitucionalidade da norma questionada.

De acordo com o juiz Holmes:

It is better for all the world if, instead of waiting to execute degenerate offspring for crime or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes.<sup>125</sup>

Portanto, a posição adotada baseou-se na equivalência entre colocar em risco a sociedade em função da opção por não ser vacinado em um período de epidemia e a opção por dar à luz uma criança com deficiências mentais. Assim, a Suprema Corte reforçava a tese de que a liberdade, incluindo agora a liberdade reprodutiva,

---

<sup>125</sup> Em tradução livre: “É melhor para todo o mundo se, em vez de esperar para executar filhos degenerados por crimes ou deixá-los morrer de fome por causa de sua imbecilidade, a sociedade possa impedir aqueles que são manifestamente incapazes de continuar com sua espécie. O princípio que sustenta a vacinação compulsória é amplo o suficiente para cobrir o corte das trompas de Falópio.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Buck v. Bell, 274 U.S. 200**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 02 de maio de 1927. p. 208. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

poderia ser limitada pelo estado quando isso representasse o atingimento de um bem comum.

#### 3.1.1.4 Exceções para a Punição de Práticas Abortivas

Ao focar sua análise na questão específica do abortamento, o juiz Blackmun fez referência à questão de que as diferentes práticas abortivas não recebiam o mesmo tratamento legal nos Estados Unidos da América. Para fundamentar sua reflexão ele mencionou o caso *United States contra Vuitch*.

##### 3.1.1.4.1 Caso *United States contra Vuitch*

A origem do caso *United States contra Vuitch* foi a acusação do médico Milan Vuitch por violação de lei do Distrito de Columbia ao realizar práticas abortivas. O médico recorreu ao Tribunal Distrital alegando que a tipificação de sua conduta fora baseada em dispositivo com redação vaga, uma vez que permitia que abortamentos fossem feitos, desde que em benefício da saúde da mulher.

O Tribunal Distrital acolheu a tese da defesa de Vuitch, motivo pelo qual o governo apelou, levando o caso para a Suprema Corte. Assim, a Corte expressou seu entendimento a respeito da lei antiabortamento do Distrito de Columbia em 21 de abril de 1971, por meio do voto do juiz Black.

Ao analisar a alegação de que o termo *saúde* seria muito vago para diferenciar os casos permitidos e os casos proibidos de abortamento, o juiz afirmou ser pacífico o entendimento que o termo fazia referência tanto ao bem-estar físico como ao psicológico. Sendo assim, não haveria motivo para considerar inconstitucional a lei do Distrito de Columbia em função de ser vaga.

De acordo com Black:

The statute does not outlaw all abortions, but only those which are not performed under the direction of a competent, licensed physician, and those not necessary to preserve the mother's life or health. It is a general guide to the interpretation of criminal statutes that, when an exception is incorporated in the enacting clause of a statute, the



burden is on the prosecution to plead and prove that the defendant is not within the exception.<sup>126</sup>

Devido a isso, a decisão da Suprema Corte resultou em uma aceitação do fato de que não haveria desrespeito à Constituição ao destinar tratamentos distintos a diferentes práticas abortivas. Daí, no caso *Roe contra Wade*, o juiz Blackmun interpretou haver indício de que o feto não é considerado uma pessoa constitucional. Afinal, se assim o fosse, permitir determinadas formas de abortamento estaria em desacordo com a cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda à Constituição, ou seja, não haveria possibilidade de tutelar apenas a vida de determinados fetos.

### 3.1.2 A Decisão do Caso *Roe contra Wade*

Ao focar na análise específica do caso *Roe contra Wade*, o juiz Blackmun usou o histórico de julgamento da corte como fio condutor à sua decisão. Nesse sentido, ganha importância o conjunto de precedentes apresentados por ele, uma vez que permite compreender como a Suprema Corte foi reconhecendo direitos constitucionais que o possibilitaram apresentar uma conclusão para o caso em análise.

Em sua perspectiva, a decisão de *Roe contra Wade* decorreu de um processo evolutivo no entendimento da Corte, que teve início na década de 80 do século XIX, quando os casos *Boyd contra United States* e *Union Pacific contra Botsford* consolidaram o reconhecimento de um direito à privacidade, fundamentado na Quarta Emenda à Constituição. Posteriormente, na década de 20 do século XX, os casos *Meyer contra Nebraska* e *Pierce contra Society of Sisters* relacionaram o direito de privacidade com o direito à liberdade, dando ênfase a sua aplicação na área da educação, limitando, em função da Décima Quarta Emenda à Constituição, o poder estatal de suprimir a liberdade de escolha quanto à educação das crianças.

---

<sup>126</sup> Em tradução livre: “O estatuto não proíbe todos os abortamentos, mas somente aqueles que não são realizados sob a direção de um médico competente e licenciado, e aqueles que não são necessários para preservar a vida ou a saúde da mãe. É um guia geral para a interpretação de estatutos criminais que, quando uma exceção é incorporada na cláusula de decreto de um estatuto, o ônus está na acusação para pleitear e provar que o réu não está dentro da exceção.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **United States v. Vuitch**, 402 U.S. 62. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 21 de abril de 1971. p. 71. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/62/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.



A evolução seguiu, por um lado, com o fortalecimento do direito à liberdade, o que deveu-se aos casos *Palko contra Connecticut* (que reconheceu que também devem ser protegidas as liberdades de mente e de ação), *Prince contra Massachusetts* e *Loving contra Virginia*, reforçando a ideia de que a Décima Quarta Emenda limita o poder estatal de suprimir de forma injustificada a liberdade dos cidadãos estadunidenses. Por outro lado, a Quarta Emenda serviu para fortalecer o reconhecimento da privacidade frente ações repressivas injustificadas, como no voto dissidente do juiz Brandeis no caso *Olmstead contra United States*, assim como nas decisões de *Katz contra United States* e *Terry contra Ohio*. Ademais, o caso *Stanley contra Georgia* reforçou o direito à liberdade ao apresentar a conclusão de que a Primeira Emenda impediria que os governos tentassem controlar a mente dos cidadãos.

Esse reconhecimento de uma proteção constitucional aos direitos à privacidade e à liberdade, ao longo do tempo, foi conectado pela Suprema Corte à ideia de liberdade sexual. Assim, após a decisão do caso *Skinner contra Oklahoma ex rel. Williamson* ter reconhecido a reprodução como um direito básico, passou-se a considerar que o controle da vida reprodutiva seria uma questão de liberdade e estaria protegido pela privacidade, conforme as decisões em *Griswold contra Connecticut* e *Eisenstadt contra Baird*. Portanto, o direito à privacidade, tutelado pela Quarta Emenda e oponível aos estados pela Décima Quarta Emenda, que também asseguraria a cláusula de igual proteção, passava a garantir o direito ao uso de métodos contraceptivos.

No entanto, em sua jornada pelos precedentes, o juiz Blackmun mencionou os casos *Jacobson contra Massachusetts* e *Buck contra Bell*, que, embora reconhecessem o direito à liberdade, concluíram haver uma limitação a tal direito. Segundo tais decisões, o direito à liberdade deveria ser limitado quando a liberdade de determinados sujeitos colocasse em risco o bem coletivo, como seria o caso de alguém que se nega a ser vacinado durante um período de epidemia, ou de alguém incapaz que deseja ter um filho também incapaz.

Por fim, o juiz Blackmun também mencionou o caso *United States contra Vuitch* que reconheceu a possibilidade de que algumas práticas abortivas fossem legais, enquanto outras se mantivessem ilegais. Embora a decisão não explorasse a questão, conclui-se dela que os fetos não seriam pessoas constitucionais. Afinal, se o fossem, a Décima Quarta Emenda, ao promover a cláusula de igual proteção,

tornaria inconstitucional o tratamento diverso para os fetos envolvidos nos casos de abortamento legal, e os fetos dos abortamentos ilegais.

Destarte, o juiz Blackmun concluiu que o direito à privacidade seria capaz de garantir às mulheres o direito ao abortamento. Segundo ele:

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.<sup>127</sup>

Em seu entendimento, a liberdade de interromper uma gravidez estaria tutelada pelo princípio de privacidade, protegido pela Décima Quarta Emenda à Constituição, embora o Tribunal Distrital tivesse apresentado fundamentação diversa. No entanto, ele continuou a análise explorando a ideia de que a liberdade de escolha não poderia ser tida como ilimitada e considerou possível que os estados desejassem tutelar as vidas em potencial dos fetos. Nesse sentido:

[...] a State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life. At some point in pregnancy, these respective interests become sufficiently compelling to sustain regulation of the factors that govern the abortion decision. The privacy right involved, therefore, cannot be said to be absolute. [...] The Court has refused to recognize an unlimited right of this kind in the past.<sup>128</sup>

Portanto, ele reconheceu a existência de um conflito entre o direito da mulher ao abortamento e o interesse do estado em tutelar a vida do feto. Tendo em vista o fato de que o feto não pode ser considerado uma pessoa constitucional, como

---

<sup>127</sup> Em tradução livre: “Este direito de privacidade, seja fundado no conceito de liberdade pessoal da Décima Quarta Emenda e restrições à ação do Estado, como achamos que é, ou, como o Tribunal Distrital determinou, na reserva da Nona Emenda de direitos ao povo, é amplo o suficiente para abranger a decisão de uma mulher de interromper ou não sua gravidez.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 153. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>128</sup> Em tradução livre: “[...] um Estado pode defender apropriadamente interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum momento da gravidez, esses interesses se tornam suficientemente convincentes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão do aborto. O direito de privacidade envolvido, portanto, não pode ser considerado absoluto. [...] O Tribunal recusou-se a reconhecer um direito ilimitado deste tipo no passado.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 155. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

deduz-se da decisão *United States contra Vuitch*, a saída para este dilema seria apresentada por Blackmun a partir de um modelo de análise baseado no transcorrer do período de gestação.

Assim, o estado teria o direito de legislar a respeito das práticas abortivas com duas finalidades: proteger a grávida e proteger o feto. No entanto, tais objetivos deveriam seguir padrões distintos. Em suas palavras:

With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact, [...], that, until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health.<sup>129</sup>

Nessa lógica, por representar baixo risco às mulheres, as práticas abortivas, quando realizadas no primeiro trimestre de gestação, não poderiam ser proibidas sob a desculpa de protegê-las. Ademais, o poder do estado de legislar em função de seu interesse em proteger a vida futura do feto deveria ficar submetido ao critério da viabilidade de sua vida. Nesse sentido:

With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the "compelling" point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Em tradução livre: "Com relação ao interesse importante e legítimo do Estado na saúde da mãe, o ponto 'convicente', à luz do conhecimento médico atual, está aproximadamente no final do primeiro trimestre. Isto é assim por causa do fato médico agora estabelecido, [...], que, até o final do primeiro trimestre a mortalidade no abortamento pode ser menor que a mortalidade no parto normal. Segue-se que, a partir e após esse ponto, um estado pode regulamentar o procedimento de abortamento, na medida em que o regulamento se relacionar razoavelmente com a preservação e proteção da saúde materna." UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 164. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>130</sup> Em tradução livre: "Com respeito ao interesse importante e legítimo do estado na vida potencial, o ponto 'convicente' é a viabilidade. Isto é assim porque o feto, presumivelmente, passa a ter a capacidade de ter uma vida significativa fora do útero da mãe. A regulação estatal da vida fetal após a viabilidade, portanto, tem justificativas tanto lógicas quanto biológicas. Se o Estado está

Sendo assim, o juiz Blackmun concluiu que o dispositivo texano, foco de análise do caso, desrespeitava o conteúdo da Décima Quarta Emenda à Constituição, que asseguraria uma limitação à atuação do estado que ferisse o direito à privacidade, direito esse que deveria ser assegurado na questão da sexualidade das mulheres. Logo, a decisão foi pela inconstitucionalidade da legislação texana relacionada com a proibição das práticas abortivas.

Outrossim, a decisão passou a ser um guia para o tratamento legal destinado a tais práticas ao dividir o período da gestação em três fases, sendo que em cada fase um tipo de tratamento poderia ser adotado pelos estados. Assim, “[f]or the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician.”<sup>131</sup>

Passado o primeiro trimestre de gestação, os estados passariam a poder legislar no sentido de promover a proteção da saúde da gestante, uma vez que, nessa fase, a realização de um abortamento passaria a representar um risco maior à mulher. Nessa perspectiva: “[f]or the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.”<sup>132</sup>

Já na parte final da gestação, quando o feto alcançasse uma condição de viabilidade de sobrevivência fora do útero materno, os estados passariam a poder legislar no sentido de tutelar essa vida futura. Portanto,

For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate,

---

interessado em proteger a vida fetal após a viabilidade, pode ir tão longe a ponto de proibir o aborto durante esse período, exceto quando for necessário preservar a vida ou a saúde da mãe.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 164-165. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>131</sup> Em tradução livre: “Para a fase anterior ao final do primeiro trimestre, a decisão do abortamento e sua efetivação devem ser deixadas para o julgamento profissional do médico da gestante.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 165. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>132</sup> Em tradução livre: “Para o estágio posterior ao final do primeiro trimestre, o estado, ao promover seu interesse pela saúde da mãe, pode, se quiser, regular o procedimento do abortamento de maneira razoavelmente relacionada à saúde materna.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 165. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.<sup>133</sup>

Desta maneira, a partir da adoção de um modelo pautado na evolução da gestação como critério para o estabelecimento das leis restritivas às práticas abortivas, o juiz Blackmun considerou estarem sendo respeitados tanto a liberdade da gestante quanto o interesse dos estados em proteger as vidas futuras dos fetos. Portanto, concluiu o juiz:

This holding, we feel, is consistent with the relative weights of the respective interests involved, with the lessons and examples of medical and legal history, with the lenity of the common law, and with the demands of the profound problems of the present day. The decision leaves the State free to place increasing restrictions on abortion as the period of pregnancy lengthens, so long as those restrictions are tailored to the recognized state interests.<sup>134</sup>

Obviamente a decisão da Suprema Corte no caso *Roe contra Wade* não ficou imune às críticas, mas como foi visto, para Dworkin, ela exemplifica a aplicação do integralismo jurídico. Portanto, conhecendo a decisão e seu percurso argumentativo, passa-se agora à apreciação de Dworkin a seu respeito.

### 3.2 ANÁLISE DO INTEGRALISMO NO CASO ROE CONTRA WADE

Segundo Dworkin, a decisão do caso *Roe contra Wade* teve como ponto de partida a reflexão a respeito de o feto ser, ou não, pessoa constitucional. Nesse sentido a conclusão da Corte é considerada correta pelo autor, afinal:

<sup>133</sup> Em tradução livre: “Para o estágio subsequente à viabilidade, o estado, ao promover seu interesse na potencialidade da vida humana, pode, se escolher, regular e mesmo proibir o aborto, a menos que seja necessário, em julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou saúde da mãe.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 165-166. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

<sup>134</sup> Em tradução livre: “Consideramos que esta posição é consistente com os pesos relativos dos respectivos interesses envolvidos, com as lições e exemplos da história médica e legal, com a leniência da *common law* e com as exigências dos problemas profundos dos dias atuais. A decisão deixa o estado livre para impor restrições crescentes ao abortamento à medida que o período de gravidez aumenta, desde que essas restrições sejam adaptadas aos interesses estatais reconhecidos.” UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. p. 166. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

[...] os estados que tinham as mais rigorosas leis antiaborto antes de *Roe vs. Wade* não puniam o aborto com tanta severidade quanto castigavam o assassinato, coisa que teriam de fazer se o feto fosse considerado uma pessoa constitucional. Também não impunham penas à mulher que procurasse fazer um aborto em outro estado ou no exterior.<sup>135</sup>

Em vista disso, ficaria evidente que o feto não é pessoa constitucional, caso contrário não seria aceitável a distinção de tratamento entre o que seria o assassinato de um feto e o que seria o assassinato de uma pessoa já nascida. Ademais, se os fetos fossem pessoas constitucionais, os estados teriam a necessidade de proibir todas as práticas de abortamento, evitando exceções já aceitas.

Em seu voto, o juiz Blackmun iniciou a fundamentação de sua decisão com a valorização do direito à privacidade. Direito esse que, combinado com a proteção da Décima Quarta Emenda, limita o poder do estado de intervir e colocar obstáculos à liberdade pessoal, quando tal atuação não esteja pautada na defesa do interesse da coletividade.

Na sequência, o juiz analisou a relação entre a privacidade e a liberdade reprodutiva. Tendo como base diferentes precedentes, concluiu que a Constituição dos Estados Unidos da América tutela a liberdade de escolha das pessoas com relação à tomada de decisões a respeito da reprodução. Conclusão endossada pela interpretação de Dworkin, para quem: “[o] direito à autonomia na procriação decorre de qualquer interpretação competente da garantia do devido processo e das decisões passadas da Suprema Corte nas quais esse dispositivo foi aplicado.”<sup>136</sup>

Para Dworkin, o juiz Blackmun, ao respeitar o precedente de *Griswold contra Connecticut*, não poderia chegar à conclusão diversa da exposta em seu voto. Afinal:

[...] uma vez que se considere essa sentença juridicamente válida, segue-se que as mulheres realmente têm um direito constitucional à privacidade que, em princípio, inclui a decisão não apenas de conceber ou não filhos como também a decisão de tê-los ou não.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 76-77.

<sup>136</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 169-170.

<sup>137</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 147.



Além disso, a aplicação do integralismo não permitiria tratamento diferente para as questões reprodutivas, ou seja, a liberdade assegurada às mulheres no sentido de permitir-lhes o uso de métodos contraceptivos não poderia ser negada quando o foco passa a ser a possibilidade de abortamento. Em suas palavras:

[...] a integridade da lei exige que os princípios necessários para embasar uma série de decisões que configuram precedentes têm de ser aceitos também em outros contextos. É politicamente sedutora a ideia de aplicar o princípio de autonomia na procriação à contracepção (que, na opinião da imensa maioria das pessoas, os estados não têm o direito de proibir), mas não aplicá-lo ao aborto, que sofre a oposição violenta do poderoso eleitorado conservador.<sup>138</sup>

Portanto, uma vez que é reconhecido um direito constitucional à privacidade das mulheres, as práticas abortivas não podem ser proibidas, a menos que os estados tenham uma razão justificável para tanto. Afinal, a Décima Quarta Emenda à Constituição limita a possibilidade de os estados atacarem às liberdades individuais, como leciona Dworkin:

A cláusula de “processo legal justo” da Décima Quarta Emenda exige que um estado aja *racionalmente* sempre que restringir a liberdade. [...] Os estados não podem limitar a liberdade das pessoas arbitrariamente ou por capricho, mas apenas por alguma razão, apenas para promover algum objetivo ou política que os estados possam legitimamente perseguir.<sup>139</sup>

Nessa lógica, parece evidente a necessidade de reconhecimento de um direito à liberdade na procriação. Tal direito, por uma questão de integridade, deveria abranger tanto a autonomia de decidir se pretende engravidar, como a de decidir se dará à luz a criança concebida. Assim, com base na liberdade de procriação não seria possível proibir as práticas abortivas, por mais que a Constituição não explicita o direito ao abortamento. Afinal:

[...] se tivermos de rejeitar o direito ao aborto porque este não está mencionado na Constituição, teremos de rejeitar também um grande número de outros direitos constitucionais incontestes que os juristas

---

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 167-168.

<sup>139</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 144.



costumam definir numa linguagem que tampouco se encontra no texto constitucional.<sup>140</sup>

Em vista disso, estaria correta a decisão do caso *Roe contra Wade*, uma vez que conseguiu assegurar às mulheres o direito de manter sua autonomia na procriação. Outrossim, a decisão teve o mérito de não vedar aos estados a possibilidade de legislar no sentido de proteger as vidas dos fetos já viáveis.

De acordo com essa perspectiva, afirma Dworkin:

O juiz Blackmun escolheu um momento da gravidez que lhe pareceu tardio o bastante para dar à mulher uma possibilidade considerável de exercer seu direito em circunstâncias normais, o que também se evidenciava, [...], por duas outras razões: a viabilidade parece, com base nos mais certos indícios de seu desenvolvimento, o momento mais precoce em que se pode pensar que o feto tem interesses próprios, e é também o momento em que seu desenvolvimento natural encontra-se tão adiantado que a espera deliberada até depois dessa fase parece indicar desprezo pelo valor inerente da vida humana. Juntos, esses três fatores indicaram que a viabilidade fetal é o momento mais apropriado para que um estado afirme, legitimamente, seus interesses derivativos em proteger os interesses do feto [...].<sup>141</sup>

Desta forma, a viabilidade seria capaz de dar origem a um interesse derivativo<sup>142</sup> legítimo para proteger a vida do feto. Afinal, antes de ser um feto viável, não seria possível atribuir-lhe interesses próprios.

No entanto, embora Dworkin afirme que a decisão do caso *Roe contra Wade*, fundamentada na Décima Quarta Emenda à Constituição esteja correta, não se pode deixar de citar o fato de ele indicar que, em sua perspectiva, o tema do abortamento devesse ser tratado com base na Primeira Emenda, por ser um problema de liberdade religiosa. Segundo ele:

A Primeira Emenda garante também seu direito a decidir, ainda que seja discutível que a coerção não violaria o livre exercício da religião

---

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 83.

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 238-239.

<sup>142</sup> Dworkin diferencia dois interesses que podem mover os estados ao legislarem no sentido de proteger a vida do feto. Por um lado, tem-se o interesse independente, pautado em uma defesa da vida humana enquanto algo intrinsecamente sagrado. Diferente desse é o interesse derivativo que resultaria do reconhecimento de interesses e direitos do sujeito. De acordo com o jusfilósofo, o primeiro resulta de uma concepção religiosa, enquanto o segundo é fruto de uma análise racional, sendo este o que deve ser adotado. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 149.

em seu caso, pois qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras, o que a Primeira Emenda proíbe. Sem dúvida, estas são também razões pelas quais a proibição do aborto ofende as cláusulas constitucionais de processo legal justo e igual proteção: seria estranho que a melhor interpretação da liberdade e da igualdade constitucionais não insistisse em que as pessoas têm o mesmo direito de seguir sua própria consciência nas questões profundamente espirituais.<sup>143</sup>

Portanto, a verdadeira questão para Dworkin é a possibilidade de um estado adotar um padrão de sacralidade da vida a ser aplicado a todos os cidadãos, sem levar em consideração a liberdade religiosa. Nessa perspectiva:

Dworkin propõe uma distinção entre duas formas de investimento que conferem à vida humana o caráter de sacralidade, além dos argumentos acerca do caráter sagrado ou inviolável atribuído à vida humana. Além da concepção da criação divina ou pelo mero acaso evolutivo natural, temos também uma segunda forma de investimento, através da criação ou investimento humano.<sup>144</sup>

Como Dworkin defende que a sacralidade da vida humana é reflexo do investimento feito nela, e não de uma decorrência teológica<sup>145</sup>, a sacralidade da vida do feto estaria relacionada com o investimento feito pelas pessoas próximas, uma vez que ele ainda seria incapaz de promover investimento, já que não possui interesses próprios. Nesse sentido, a grávida seria a figura mais relevante e dela dependeria, em maior parte, o investimento para tornar sagrada a vida do feto que carrega. Consequentemente, não havendo seu interesse na manutenção da gravidez, não existiria o investimento necessário para tornar sagrada a vida daquele concepto. Logo, nesse caso, não haveria motivo para condenar a execução de uma prática abortiva.

Note-se que Dworkin, na hipotética situação de estar julgando o caso *Roe contra Wade*, provavelmente tomaria como paradigma a decisão do caso *Stanley contra Georgia*, por concordar que, em função da Primeira Emenda à Constituição,

---

<sup>143</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 230-231.

<sup>144</sup> PINTO, Gerson Neves. Fundamentos Epistêmicos da ADPF 54. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Mestrado e Doutorado [ebook]. Nº 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018. p. 82.

<sup>145</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 116-117.

os governos não podem controlar a mente dos sujeitos. Assim, não caberia a governo algum definir um padrão de sacralidade a ser seguido por todos, uma vez que, em sua perspectiva, apenas a adoção de um padrão de sacralidade pautado em critério teológico poderia justificar a condenação às práticas abortivas.

Todavia, como o foco de análise da presente dissertação é a teoria do integralismo, não cabe aqui o aprofundamento de outras possibilidades apontadas por Dworkin para solucionar a questão. Afinal, a resposta apresentada pela Suprema Corte, por meio do voto do juiz Backmun, é tida pelo próprio Dworkin como exemplar no que diz respeito à aplicação do integralismo jurídico.

Ademais, não se pode perder de vista o objetivo de verificar qual seria, segundo a teoria do integralismo jurídico, a resposta correta para o caso do abortamento no Brasil. Portanto, no próximo capítulo passa-se a analisar o histórico relacionado à questão aqui no Brasil, na tentativa de identificar-se qual solução uma análise pautada no integralismo deveria apresentar para a ADPF 442 que espera julgamento do Supremo Tribunal Federal.

#### 4 PERSPECTIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DO ABORTAMENTO VOLUNTÁRIO NO BRASIL

No Brasil as práticas abortivas, em geral, são consideradas ilícitas. Seu tratamento jurídico encontra-se definido no Código Penal, na parte de crimes contra a vida, entre os artigos 124 e 128.

O abortamento voluntário é tratado especificamente nos capítulos 124<sup>146</sup> e 126, *caput*.<sup>147</sup> Por outro lado, o art. 128<sup>148</sup> apresenta os casos em que estão previstas as excludentes de ilicitude, o que ocorre quando o abortamento tem como objetivo salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez é fruto de estupro. É importante destacar que, atualmente, além dos casos previstos em lei, em função de decisão do Supremo Federal Tribunal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, é permitido o abortamento nos casos em que o feto é anencefálico.

Embora as práticas abortivas voluntárias sejam comuns, como deixou claro o primeiro capítulo desta dissertação, o debate a respeito delas no âmbito do Supremo Tribunal Federal é recente. Sua primeira ocorrência foi em 2004, quando da análise do *Habeas Corpus* 84.025.

Atualmente o tema ganha relevância, uma vez que espera julgamento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que pretende a declaração de inconstitucionalidade da proibição de práticas abortivas voluntárias no primeiro trimestre de gestação. Portanto, neste capítulo visa-se, por meio da aplicação da teoria do Integralismo Jurídico de Dworkin, identificar a decisão mais adequada para a o julgamento da ADPF 442.

<sup>146</sup> “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>147</sup> “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>148</sup> “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:  
**Aborto necessário**  
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**  
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Para tanto, partir-se-á de uma exposição da compatibilidade entre a teoria de Dworkin e modelo jurídico brasileiro, mesmo que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América (base usada para a criação da teoria), não adotemos aqui o modelo do *Common Law*. Na sequência a análise recairá sobre a própria ADPF 442, identificando as características de seu pedido e a fundamentação apresentada para tanto. Posteriormente percorrer-se-á o histórico de decisões do STF que abordam o tema do abortamento. Nesse sentido, serão analisados os julgamentos do *Habeas Corpus* 84.025, da ADI 3.510, da ADPF 54 e do *Habeas Corpus* 124.306.

A análise das decisões supracitadas será feita seguindo uma ordem cronológica. O foco será estabelecido no voto do relator e, nos casos em que houver, nos votos dos ministros que ainda compõem o STF, haja vista a importância de seus posicionamentos quando tratamos da teoria do integralismo jurídico, uma vez que ajudam a identificar a aplicação horizontal dos posicionamentos.<sup>149</sup>

Após a análise jurisprudencial, partir-se-á para a tarefa de buscar a resposta adequada, segundo o integralismo jurídico, para a ADPF 442.

#### 4.1 COMPATIBILIDADE ENTRE O INTEGRALISMO JURÍDICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao propor-se a aplicação da teoria de Dworkin em um julgamento a ser realizado pelo STF não se ignora aqui a existência de diferenças substanciais entre os modelos adotados no Brasil e nos Estados Unidos, local em que a teoria foi elaborada. Portanto, compreendendo-se a relevância dos precedentes para a teoria do integralismo jurídico, para o desenvolvimento da proposta do presente capítulo:

[...] deve-se ter em mente que a doutrina de precedentes se desenvolveu no âmbito do *Common Law*, no qual impera o princípio do *Judge Made Law*, ou seja, no qual a atividade jurisdicional é fonte de direito. No Brasil, por sua vez, impera o sistema do *Civil Law*, no qual as decisões partem de uma moldura previamente definida em lei.<sup>150</sup>

<sup>149</sup> O resumo dos votos dos ministros estará restrito à questão de mérito envolvida em cada caso.

<sup>150</sup> MELLO, Luciana Ferreira; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Paralelo entre os Precedentes dos Estados Unidos – Análise da Decisão *Roe versus Wade*, e o Instituto da Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes no Brasil – Análise da Decisão Proferida pelo STF na ADPF n. 54. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov.

Note-se que, embora no modelo brasileiro não se aplique a ideia de que o juiz faz a lei, é possível identificar semelhanças entre os precedentes estadunidenses e a jurisprudência aqui no Brasil. Afinal,

Da jurisprudência (regra extraída de repetidas decisões proferidas em casos similares), poderão surgir enunciados contendo o extrato das decisões. A jurisprudência, por conseguinte, decorre da posição majoritária, ou seja, surge de uma quantidade razoável de decisões que refletirá a posição de um determinado tribunal. A jurisprudência tem seu valor pelo conjunto de outras decisões proferidas no mesmo sentido, demonstrando haver certo consenso sobre a matéria posta em discussão [...].<sup>151</sup>

Portanto, pode-se afirmar que a repetição de decisões consoantes para casos similares gera jurisprudência e dessa jurisprudência surgem diretrizes a serem seguidas nos julgamentos futuros. Ademais, algumas decisões do STF produzem efeito normativo, como as súmulas vinculantes, as decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas Ações Diretas de Constitucionalidade e nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, devendo ser respeitadas. Ou seja, a atuação dos julgadores brasileiros pode assumir papel semelhante ao dos julgadores estadunidenses, para quem:

[...] o precedente fornece uma regra “universalizável” que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece de regra, em razão da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso.<sup>152</sup>

Outrossim, embora não sejam o aspecto central da prática decisória, as decisões pretéritas possuem um papel cada vez mais destacado no modelo brasileiro. Além disso, é possível identificar convergência entre os modelos do *Civil*

---

2014. p. 223. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>151</sup> SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patrícia Grazziotini. Precedentes e Jurisprudência no Direito Brasileiro: uma Distinção Necessária a partir dos Sistemas Jurídicos de Common Law e Civil Law. **Rev. Fac. Direito UFMG**, n. 72, pp. 23-52, jan./jul. 2018. p. 48. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista//index.php/revista/article/view/1898/1800>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>152</sup> SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patrícia Grazziotini. Precedentes e Jurisprudência no Direito Brasileiro: uma Distinção Necessária a partir dos Sistemas Jurídicos de Common Law e Civil Law. **Rev. Fac. Direito UFMG**, n. 72, pp. 23-52, jan./jul. 2018. p. 37. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista//index.php/revista/article/view/1898/1800>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

*Law* e do *Common Law* a respeito da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de determinadas leis.

Outro fator que permite considerar plausível a aplicação da teoria do integralismo jurídico no Brasil é a existência de cláusulas abertas na Constituição brasileira, a exemplo do que há na estadunidense. Nesse sentido:

[...] they expressly provide the reception of unwritten constitutional rules outside the Constitution, as long as they are in accordance with the rights and principles contained therein. In other words, these norms, present in both the Brazilian and the American Constitution, point expressly to the existence of other sources of law outside the visible text of the Constitution.<sup>153</sup>

Destarte, em ambos modelos os julgadores precisam estar preparados para preencher lacunas e obscuridades com base na aplicação de princípios constitucionais. Sendo que nem todos os princípios constitucionais encontram-se expressos na própria Constituição. Afinal, há casos em que tais princípios são identificados a partir da análise daqueles que se encontram no texto constitucional.

Portanto, acredita-se haver condição para a aplicação do modelo decisório proposto por Dworkin para os *hard cases* aqui do Brasil. Nessa perspectiva, o integralismo jurídico poderia ser aplicado na análise de um dos *hard cases* que aguarda julgamento do STF, a ADPF 442.

#### 4.2 AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, com pedido de medida cautelar, em 06 de março de 2017. De acordo com o portal do STF, o processo encontra-se recluso com a relatora, ministra Rosa Weber.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Em tradução livre: “[...] elas expressamente fornecem a recepção de regras constitucionais não escritas e externas à Constituição, desde que estejam de acordo com os direitos e princípios nela contidos. Em outras palavras, essas normas, presentes tanto na Constituição brasileira quanto na americana, apontam expressamente para a existência de outras fontes de direito fora do texto visível da Constituição”. QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de; KOZICKI, Katya. *Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 40, pp. 39-73, fev. 2019. p. 61. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13227/14702>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>154</sup> Consulta realizada no dia 2 de agosto de 2019.



A ação proposta pauta-se no entendimento de que a proibição do abortamento voluntário durante o primeiro trimestre da gravidez atentaria contra uma série de princípios e direitos que protegem as mulheres. Tais princípios e direitos seriam assegurados pela Constituição federal, no art. 1º, incisos II e III<sup>155</sup>, art. 5º, *caput* e incisos I e III<sup>156</sup>, art. 6º, *caput*<sup>157</sup>, art. 196<sup>158</sup> e art. 226, §7º<sup>159</sup>.

Sendo assim, objetiva-se que seja declarada a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal. O que possibilitaria a realização de abortamentos voluntários durante o primeiro trimestre da gravidez.

Segundo o texto da petição inicial, pretende-se, justamente, que seja adotado o modelo decisional proposto por Dworkin. Uma vez que, na visão dos autores da ADPF 442, a legalização das práticas abortivas durante o primeiro trimestre da gravidez estaria de acordo com as recentes decisões do STF a respeito da proteção da mulher e da condição do conceito. Nos termos da peça:

---

<sup>155</sup> “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:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana [...].” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>156</sup> “Art. 5º 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...].” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>157</sup> “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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>158</sup> “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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>159</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

É a partir do direito como integridade que se deve entender a linha de continuidade entre as decisões desta Suprema Corte no HC 84.025, ADI 3.510, a ADPF 54 e HC 124.306, os quais estabeleceram premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto.<sup>160</sup>

Assim, seguidas as premissas estabelecidas nas decisões citadas, não haveria sentido em criminalizar as práticas abortivas realizadas no período inicial da gestação. Nesse sentido, a petição expõe os direitos constitucionais das mulheres, que seriam desrespeitados pela criminalização do abortamento. Esses direitos, de característica fundamental, estariam alinhados com os princípios fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana.

O desrespeito à dignidade das mulheres, resultado da proibição de decidir pela interrupção da gravidez, estaria vinculado com a afronta aos direitos à liberdade, à inviolabilidade da vida e à igualdade. Isso ocorreria porque a criminalização das práticas abortivas limitaria a liberdade de escolha das mulheres, ao mesmo tempo em que faria com que muitas mulheres praticassem abortamentos inseguros, colocando em risco suas vidas, o que se potencializaria no caso de mulheres pobres.

Por consequência da criminalização do abortamento também ocorreria o desrespeito ao direito à saúde das mulheres, uma vez que uma gravidez indesejada poderia resultar em danos físicos e psicológicos. Ademais, a obrigatoriedade de manter uma gravidez indesejada poderia ser considerada uma prática torturante, o que ultrajaria a vedação constitucional às práticas de tortura.

Não bastasse ser uma prática torturante a manutenção de uma gravidez indesejada, a criminalização das práticas abortivas também colocaria em risco o direito constitucional ao planejamento familiar. Tal direito, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, encontrar-se-ia intimamente relacionado com os direitos sexuais e reprodutivos, que também seriam colocados em risco com o estágio atual da legislação a respeito do abortamento.

Embora não estejam previstos de forma expressa na Constituição, os direitos sexuais e reprodutivos decorreriam dos direitos à liberdade e igualdade, previstos no

---

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 – Petição Inicial**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

art. 5º, *caput*, do texto constitucional. Ademais, eles encontrar-se-iam descritos em documentos internacionais que contam com o Brasil entre seus signatários. Assim:

A criminalização do aborto viola a previsão de direitos sexuais e reprodutivos desses compromissos internacionais, ao não permitir às mulheres: viver a sexualidade livre de coerção, discriminação ou violência; decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos; e gozar do mais alto padrão de saúde sexual e reprodutiva.<sup>161</sup>

A este panorama de privação a direitos básicos imposto às mulheres em função da criminalização das práticas abortivas voluntárias, seria importante relacionar a jurisprudência do STF. Afinal, restaria claro que no entendimento da Suprema Corte o feto não é pessoa constitucional, de modo que as privações impostas às mulheres seriam injustificáveis. Nos termos da petição:

Os precedentes estabelecidos por esta Suprema Corte na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306 afirmam a impossibilidade de imputar estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Ao embrião ou feto é reconhecido o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana, por isso, a proteção infraconstitucional gradual na gestação. No entanto, essa proteção não pode ser desproporcional: tem que ter como limites o respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.<sup>162</sup>

Destarte, concluir-se-ia haver a necessidade de ser declarada a descriminalização das práticas abortivas voluntárias durante as primeiras doze semanas de gestação. Eis o pedido da ADPF 442:

[...] com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios

---

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 – Petição Inicial**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 – Petição Inicial**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. p. 56. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.<sup>163</sup>

Conhecido o conteúdo da ADPF 442, parte-se para a análise da jurisprudência relacionada com a questão da tutela da vida antes do nascimento.

#### 4.3 JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA COM A TUTELA DA VIDA ANTES DO NASCIMENTO

A questão da tutela da vida antes do nascimento é um tema complexo e polêmico. Portanto, para ter-se uma melhor compreensão da evolução do posicionamento do STF quanto ao tema, passa-se à análise das decisões do *Habeas Corpus* 84.025, da ADI 3.510, da ADPF 54 e do *Habeas Corpus* 124.306.<sup>164</sup>

##### 4.3.1 *Habeas Corpus* nº 84.025

O *Habeas Corpus* 84.025, foi impetrado no STF em 27 de fevereiro de 2004. Tratava-se de *Habeas Corpus* preventivo para autorizar que a paciente, Gabriela Oliveira Cordeiro, realizasse abortamento, uma vez que estava grávida de feto anencefálico.

Inicialmente, em 06 de novembro de 2003, o juiz de Direito de Teresópolis havia indeferido liminarmente o *Habeas Corpus* impetrado no fórum local, com a finalidade de assegurar à paciente o direito à prática abortiva voluntária. Em sua decisão, o juiz alegou falta de previsão legal para tal permissão. Dessa decisão o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro recorreu em apelação que foi distribuída para a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 – Petição Inicial**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. p. 61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>164</sup> A descrição dos casos, salvo quando fonte diversa for anunciada, será feita com base nos teores dos acórdãos disponibilizados no portal do STF.

Janeiro. Lá, a desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, relatora do processo, concedeu medida liminar em 19 de novembro de 2003.

Da decisão monocrática foi interposto Agravo Regimental, que foi desprovido em 25 de novembro do mesmo ano. No entanto, antes da decisão colegiada, no dia 21 de novembro, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, impetrou *Habeas Corpus* contra a decisão monocrática da desembargadora relatora. Assim, em 25 de novembro de 2003 a ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça recebeu o *Habeas Corpus*. No entanto, em função do recesso forense, a Quinta Turma do STJ o julgou apenas em 18 de fevereiro de 2004.

O acolhimento da tese contrária à permissão de abortamento fez com que novo *Habeas Corpus* fosse impetrado, agora no STF. Portanto, na versão impetrada no STF, o remédio jurídico tinha como alegação a existência de coação da liberdade, assim como a atipicidade do fato, uma vez que se tratava de gravidez de feto anencefálico. Outrossim, fundamentava o pedido na necessidade de tutela da saúde da mulher e no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Passa-se agora à análise da decisão proferida pelo STF em 04 de março de 2004.

#### 4.3.1.1 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa foi o relator do *Habeas Corpus* 84.025. Em seu voto, inicialmente expôs o impacto negativo da decisão do STJ no que diz respeito à liberdade da mulher. Em sua concepção: “[...] a continuidade da gestação, por força da ordem de *habeas corpus* concedida pelo Superior Tribunal de Justiça, tem o efeito imediato de causar restrição à liberdade da paciente”.<sup>165</sup>

Segundo o Ministro, o caso em análise apresentava conflito entre princípios. Em suas palavras: “[...] ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num

---

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. p. 340. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.”<sup>166</sup>

Outra característica do caso, seria o fato de não se relacionar com a questão do abortamento. A justificativa para essa distinção residiria no fato de que o caso se referia a uma interrupção de gravidez de feto anencefálico, portanto, aquela gravidez em debate estaria fadada ao fracasso, uma vez que seu resultado seria, invariavelmente, a morte daquele feto.

A distinção entre a interrupção de gravidez de feto anencefálico e abortamento, segundo o Ministro, seria evidente no caso de a lei ser mais clara a respeito da definição de abortamento. No entanto, dada a falta de conceitualização no texto legal, a saída encontrar-se-ia na busca por uma definição a partir da doutrina. Nessa perspectiva, se poderia concluir que: “[...] o ato que interrompe a gestação configurará o crime de aborto descrito no art. 124 do Código Penal quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado.”<sup>167</sup> Por conseguinte, seria possível concluir que somente haveria abortamento se houvesse a morte do feto.

Paralelamente a isso, o Ministro Joaquim Barbosa explorou a existência de duas situações identificadas como excludentes de ilicitude. Para ele, a possibilidade de adoção de práticas abortivas nos casos conhecidos como *aborto necessário*, caso do inciso I do art. 128, e *aborto sentimental*, previsto no inciso II do art. 128, fortaleceria o poder de decisão da gestante. Afinal, a exclusão de ilicitude, desses casos, daria à mulher o poder de escolha.

Dessa maneira, apesar da viabilidade do feto, haveria uma valorização da liberdade de escolha da mulher. Assim, segundo o Ministro: “[...] a lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou inviabilidade do

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. p. 348. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. p. 351. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

feto. Estamos, portanto, diante de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher.”<sup>168</sup>

Relacionando a inviabilidade do feto anencefálico com a valorização dos direitos à liberdade e à autonomia privada da mulher promovida pelos casos de excludente de ilicitude, a conclusão do Ministro é de que deveria prevalecer o respeito à dignidade da mulher. Sendo assim, a permissão para que ela pudesse escolher o que lhe parecesse melhor em função de suas convicções morais e religiosas e seus interesses pessoais, seria o caminho adequado a ser tomado. Afinal, decisão oposta a essa resultaria em desproporcionalidade se comparada com a existência das excludentes de ilicitude.

Na sequência de seu voto o Ministro explorou o fato de que o feto possui situação jurídica diversa da das pessoas já nascidas. De modo que a lei penal, ao proibir as práticas abortivas tutelaria a vida potencial do feto e a incolumidade da gestação.

Nesse sentido, quando a mulher desejasse colocar termo à gestação, não faria sentido tutelar a incolumidade da gestação, cabendo analisar somente a questão da proteção da vida potencial. Para tal análise seria relevante compreender que o feto pode estar em diferentes situações, a saber: feto em pleno desenvolvimento, feto biologicamente morto ou feto biologicamente vivo mas juridicamente morto.

Para o Ministro, a última situação seria a do feto anencefálico. Afinal: “[...] o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.”<sup>169</sup>

Portanto, embora os fetos sejam protegidos em função da vida potencial, quando há a constatação de anencefalia cessaria o sentido da tutela penal, uma vez que tal feto seria, irreversivelmente, inviável. Nesse sentido, não haveria mais a

---

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. p. 351-352. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. p. 359. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 24 jul. 2019.



incidência da lei penal a proibir a interrupção daquela gravidez. Consequentemente, o que se teria é uma conduta atípica.

Destarte, o Ministro Joaquim Barbosa concedeu a ordem de soltura da paciente, mas, em função da demora para a decisão definitiva, o concepto já havia nascido, tendo sobrevivido apenas sete minutos após o parto. Portanto, embora concedida a ordem, o *Habeas Corpus* acabou tendo perda de objeto.

#### 4.3.1.2 Consequências da decisão

Embora o *Habeas Corpus* tenha sido julgado prejudicado, o voto do Ministro Joaquim Barbosa apresentou considerações importantes para debates futuros a respeito da questão do abortamento. Nesse sentido, cabe ressaltar a análise a respeito da relação indelével entre abortamento e viabilidade do feto. Ou seja, na perspectiva exposta a eliminação de vida inviável não seria abortamento.

Tal ideia seria retomada, em certa medida, quando do julgamento da ADI 3.510. Sendo assim, passa-se para a análise deste segundo caso.

#### 4.3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 foi proposta pelo Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, em 24 de março de 2005. A ação almejava a impugnação em bloco do artigo 5º da Lei nº 11.105 (Lei de Biossegurança)<sup>170</sup>. A alegação pautava-se no fato de que a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias atentaria contra o direito à vida.

Segue-se o resumo de como a ação foi analisada pelos ministros.

---

<sup>170</sup> “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:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

#### 4.3.2.1 Voto no Ministro Ayres Britto

O Ministro Ayres Britto foi o relator da ADI 3.510. Em sua tarefa de analisar a ação, ele iniciou por apresentar a ideia de que a Constituição, ao promover a proteção da dignidade da pessoa humana estaria se referindo às pessoas já nascidas. Em suas palavras:

[...] a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual [...]. E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea *b* do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo pessoa. Gente. Alguém**. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º).<sup>171</sup>

Tal posicionamento, segundo o Ministro, seria evidenciado pelo fato de que a Constituição faz referência aos *residentes* no País, assim como define os brasileiros em duas categorias, a saber: os natos, portanto nascidos no Brasil, e os naturalizados, o que demandaria manifestação de vontade do sujeito. Deste modo, os fetos não estariam enquadrados como brasileiros, tampouco seriam detentores da dignidade da pessoa humana a ser tutelada pelo Estado. Afinal: “[...] a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um automatizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural.**”<sup>172</sup>

Tal entendimento se fortaleceria, segundo o Ministro, com a existência das excludentes de ilicitude de práticas abortivas existentes no direito pátrio. Isso

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 163-164. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 165. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

porque, se fossem os fetos pessoas constitucionais, não faria sentido permitir que em alguns casos seus direitos fundamentais fossem desrespeitados com a anuência do próprio Estado, motivo pelo qual as exceções apresentadas no art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, uma vez que a Constituição apresenta como única exceção para a pena de morte os casos de guerra declarada, como verifica-se no art. 5º, inciso XLVII, alínea *a*.<sup>173</sup>

Paralelamente a isso, o Ministro Ayres Britto defendeu que o conteúdo do § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que preceitua que o Estado deve proteger a liberdade do casal quanto ao planejamento familiar e, ao mesmo tempo, propiciar os meios educacionais e científicos para seu exercício, resultaria na necessidade de se reconhecer um direito de acesso às práticas de reprodução assistida. No entanto, a interpretação do texto constitucional não conduziria à conclusão de que o casal que optasse por práticas de reprodução assistida tivesse a obrigação de implantação de todos os óvulos fecundados. Afinal, tal obrigatoriedade atentaria contra o próprio direito ao planejamento familiar.

Portanto, existindo o direito às técnicas de reprodução assistida, mas sem que haja obrigatoriedade de utilização reprodutiva de todos os embriões produzidos, o art. 5º da Lei de Biossegurança se mostraria adequado. Afinal:

[...] as alternativas que restam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei.<sup>174</sup>

<sup>173</sup> “Art. 5º 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:

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

[...]” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 194-195. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Tal conclusão seria reforçada pelo uso de um raciocínio de equivalência. Ou seja, se a legislação brasileira acolhe o conceito de morte encefálica aos dispor a respeito da remoção de órgãos e tecidos para doação, conforme *caput* do art. 3º da Lei 9.434<sup>175</sup>, não faria sentido proibir para uso científico o uso de embriões que ainda não possuem cérebro.

Ademais, outro fator a ser avaliado seria a liberdade de expressão científica. Liberdade essa que seria um princípio constitucional resguardado no inciso IX do art. 5º<sup>176</sup> e no § 1º do art. 218<sup>177</sup>, ambos da Constituição Federal. Conseqüentemente, com base nos argumentos apresentados, o Ministro Ayres Britto votou pela improcedência da ação.

#### 4.3.2.2 Voto da Ministra Carmen Lúcia

Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia defendeu a ideia de que o direito à inviolabilidade da vida não é absoluto. Tal posição estaria pautada na existência de excludentes de ilicitude para determinadas práticas abortivas.

No entanto, a Ministra fez questão de frisar que o caso em análise não se relacionava com uma apreciação a respeito das práticas abortivas. Em suas palavras: “[...] o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é interrupção da

---

<sup>175</sup> “Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.” BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>176</sup> “Art. 5º 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:  
[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença [...]” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>177</sup> Em função da Emenda Constitucional nº 85, de 2015, o conteúdo do *caput* do art. 218, assim como dos parágrafos 1º e 3º, foram modificados. Segue o texto original, conforme vigorava na data do voto do Ministro Ayres Britto: “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. [...]” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

gravidez. Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longinquamente, da questão do aborto.<sup>178</sup>

A Ministra também defendeu ser importante o respeito ao princípio constitucional que protege a liberdade de expressão científica. Ademais, em seu entendimento, a pesquisa com células-tronco embrionárias seria importante para a dignidade das pessoas que poderiam ser beneficiadas com os avanços em tratamentos. Segundo ela:

Creio que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta – não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida.<sup>179</sup>

Sendo assim, seu voto foi pela improcedência da ação.

#### 4.3.2.3 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou sua argumentação partindo da compreensão de que a vida começaria com a concepção. Segundo ele, tal conclusão seria depreendida do texto do artigo 4º, 1º<sup>180</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em função de ter sido ratificada pelo Brasil em 2002, teria ingressado no ordenamento legal brasileiro com caráter supralegal, tendo dignidade constitucional.

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 341. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 367. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>180</sup> “ARTIGO 4

Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...]”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Assim, o documento internacional estaria acima do Código Civil, que, na perspectiva do Ministro, poderia ser usado para amparar um entendimento de que a proteção do Estado ampararia apenas o nascituro. O ponto apresentado é importante na argumentação do Ministro em função de os embriões, de que trata o artigo em debate na ADI, não estarem no útero materno e, portanto, não serem definíveis como nascituros.

O Ministro seguiu sua linha de raciocínio apontando a necessidade de estabelecer-se como balizador para a análise do avanço científico a aplicação dos princípios da precaução e da dignidade da pessoa humana. Sendo que a dignidade da pessoa humana seria uma metanorma capaz de dar sentido às demais, incluindo o direito à vida.

Sendo assim, a redação do art. 5º da Lei de Biossegurança estaria repleta de falha. Nesse sentido, afirmou o Ministro:

O caput do art. 5º da Lei de Biossegurança, impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, considerada a técnica deficiente com que foi redigido, a rigor, **não veda a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa. Também não impõe nenhum limite numérico à sua produção, nem estabelece qualquer restrição temporal à manipulação destes.** Simplesmente, permite a “*utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento*”. Tampouco existe qualquer referência expressa a tais questões nas exigências listadas nos dois incisos e três parágrafos do referido dispositivo para a extração de células-tronco de embriões humanos.<sup>181</sup>

Outro problema seria a falta de precisão ao definir *embrião inviável*, o que poderia abrir espaço para práticas eugênicas. Ademais, o estabelecimento de prazo de três anos para a destruição dos embriões seria inconstitucional, uma vez que não respeitaria o princípio da igualdade com relação aos outros embriões.

Sendo assim, o Ministro Ricardo Lewandowski votou por ser a ação parcialmente procedente, propondo alterações no texto do art. 5º da Lei de Biossegurança. De acordo com suas sugestões seria importante definir que as práticas de reprodução assistidas deveriam produzir os zigotos no número

---

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 420-421. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.



estritamente necessário para a reprodução, deveria haver a especificação do conceito de inviabilidade do embrião, seria necessário estipular que as pesquisas com embriões não poderiam destruí-los ou comprometer-lhes o potencial desenvolvimento, assim como deveria exigir o consentimento livre e informado dos genitores e as pesquisas deveriam ter autorização e sofrer fiscalização de órgão competente.

#### 4.3.2.4 Voto do Ministro Marco Aurélio

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio partiu do pressuposto de que para que a inconstitucionalidade seja declarada devesse existir conflito flagrante. Em suas palavras:

[...] declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo da disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante.<sup>182</sup>

No entanto, no caso em debate não seria possível identificar este necessário conflito flagrante. Além do mais, não haveria como sustentar a defesa de uma tutela da vida *in vitro*. Afinal:

Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro -, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento.<sup>183</sup>

Assim sendo, ao considerar que estaria o art. 5º da Lei de Biossegurança em harmonia com os artigos 1º e 5º da Constituição Federal, bem como com o princípio da razoabilidade, o Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação.

---

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 541. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 546. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.



#### 4.3.2.5 Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello iniciou sua análise a respeito da questão de mérito fazendo referência à relação existente entre sacralidade e inviolabilidade do direito à vida. Nesse sentido, ele defendeu a possibilidade de falar-se de sacralidade e inviolabilidade da vida sem que fosse necessária uma fundamentação religiosa para tanto. Afinal, o Brasil é um Estado laico e graças a isso deveria promover a tolerância e a liberdade religiosa, sem a imposição de uma maneira única de pensar.

Em seu voto também fica evidente a tentativa de diferenciar o tema em análise e as práticas abortivas. Segundo ele, as duas coisas não se confundiriam, uma vez que a questão do abortamento se relacionaria com a condição de um nascituro, o que não corresponderia com a situação dos embriões congelados do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Feita a distinção entre os temas, o Ministro explorou o fato de que não haveria uma definição clara na legislação pátria a respeito dos momentos de início e fim da vida. Desta maneira, se o ordenamento jurídico adota o critério cerebral para a delimitação do fim da vida, seria coerente adotar o mesmo critério para delimitar seu início. Nesse caso, não haveria como defender a existência de vida protegida pelo Direito no caso do embrião. Portanto, não haveria inconstitucionalidade na lei analisada, uma vez que a extração das células-tronco ocorreria antes da formação do sistema nervoso.

Outrossim, segundo o Ministro, os constituintes não teriam tido a intenção de promover uma proteção constitucional à vida desde a concepção. Afinal:

[...] **ao longo** do processo constituinte **de que resultou** a vigente Constituição Federal, **foram oferecidas** diversas Emendas **objetivando** estabelecer a inviolabilidade do direito à vida **desde** a concepção. **Tais Emendas**, no entanto, **não lograram** aprovação, **como se vê**, não apenas dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, **como**, notadamente, **do próprio texto** inscrito no “caput” do art. 5º de nossa Lei Fundamental.<sup>184</sup>

O Ministro asseverou que essa ausência de delimitação da proteção da vida desde a concepção também seria observada na grande maioria dos documentos

---

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 587. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

internacionais. Além disso, outro fator a corroborar a ideia de que a vida não é tutelada desde a concepção seria deduzido da existência das exceções de ilicitude no caso do abortamento.

Assim, o próprio Código Penal apresentaria previsões contrárias ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Motivo pelo qual não faria sentido apelar a tal documento para declarar inconstitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança.

Destarte, o Ministro Celso de Mello votou pela improcedência da ação.

#### 4.3.2.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Ao abordar a questão de mérito da ação, o Ministro Gilmar Mendes iniciou indicando a ausência de necessidade de se analisar a temática relacionada com o marco inicial da vida. Segundo ele:

[...] temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica.<sup>185</sup>

Assim, o Ministro direcionou sua atenção ao tema do avanço científico. Nesse sentido, ele afirmou haver uma necessidade de que tais avanços resultem em benefícios para os seres humanos. Dessa forma, o princípio responsabilidade, desenvolvido por Hans Jonas ganharia importância, devendo nortear a atuação estatal.

Portanto, a análise da questão do uso das células-tronco embrionárias deveria ter como base seu alinhamento com o princípio responsabilidade. Na busca por esse modelo de análise, o Ministro comparou a regulamentação da Lei de Biossegurança com as regulamentações equivalentes existentes na Alemanha, na Austrália, na França, na Espanha e no México. Dessa comparação ele concluiu ser falha a regulação apresentada pela Lei de Biossegurança. Nesse sentido:

---

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 600. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

[...] é possível perceber, em primeiro lugar, que, enquanto no direito comparado a regulamentação do tema é realizada por leis específicas, destinadas a regular, em sua inteireza, esse assunto tão complexo, no Brasil inseriu-se um único artigo numa lei destinada a tratar de tema distinto. Um artigo que deixa de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável do tema.<sup>186</sup>

No entanto, embora o Ministro tenha considerado a redação do art. 5º da Lei de Biossegurança falha, ele apontou o risco de um efeito ainda pior no caso de sua declaração de inconstitucionalidade. Isso porque tal declaração poderia causar um vácuo normativo, o que poderia ser mais nocivo do que uma frágil regulação.

Destarte, a saída seria a interpretação do artigo conforme a Constituição, o que resultaria em uma decisão com perfil aditivo. Nesse sentido, seria importante a adição, no texto legal, da necessidade de criação de um órgão que fiscalizasse as pesquisas científicas que fazem uso de embriões humanos.

Isso posto, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi pela improcedência da ação, desde que com interpretação conforme a Constituição, resultando em adição da necessidade de criação de um Comitê fiscalizador, vinculado ao Ministério da Saúde.

#### 4.3.2.7 Consequências da decisão

A ADI 3.510 foi julgada improcedente por maioria dos votos, tendo sido vencidos, parcialmente, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Conforme a decisão apresentada pelo STF, alguns posicionamentos ganharam força. A esse respeito pode-se destacar a ideia de que a inviolabilidade da vida não é absoluta. Ademais, houve uma tendência a diferenciar a tutela destinada ao direito à vida do nascituro e do embrião *in vitro*.

Portanto, para alguns:

[...] o mais importante nesse julgamento foi a análise e o tratamento jurídico dado ao nascituro e ao embrião, concluindo-se que ao passo que o primeiro é passível de imputação normativa e detentor de

---

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. p. 621. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

personalidade jurídica, o segundo, mesmo sendo tutelado, não pode ter o mesmo tratamento de uma pessoa.<sup>187</sup>

Desse modo, percebe-se na decisão da ADI 3.510 uma interpretação natalista, o que está em harmonia com o conteúdo do art. 2º do Código Civil<sup>188</sup>. Nessa perspectiva, a tutela estatal deveria ser destinada à proteção da vida do nascituro.

Outrossim, a decisão reconheceu a liberdade de expressão científica e a necessidade de respeito à autonomia reprodutiva. Sendo que esta modalidade de autonomia estaria vinculada ao direito constitucional ao planejamento familiar. Por esse ângulo:

[...] embora a escolha do casal de doar os embriões congelados para pesquisa não caracterize nenhuma espécie de aborto, e se situe na esfera particular das técnicas de fertilização in vitro, houve concretamente o reconhecimento da autonomia da vontade do casal, em especial da mulher. Restou consagrado o direito da mulher ao planejamento reprodutivo por meio da opção pela não utilização dos embriões para fins procriativos.<sup>189</sup>

Sendo assim, embora a ADI 3.510 não tivesse como foco a questão do abortamento, sua decisão acabou promovendo o desenvolvimento de argumentos que em breve teriam que ser retomados pelos ministros do STF. A exemplo do que ocorreu na decisão da ADPF 54.

#### 4.3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

A ADPF 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS) antes mesmo do julgamento da ADI 3.510, em 17 de junho de 2004.

<sup>187</sup> RECKZIEGEL, Janaína; SOBRADO DE FREITAS, Riva. A autonomia decisória e os benefícios da clonagem terapêutica com células-tronco embrionárias: um estudo de caso – ADI n. 3.150. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 17, n. 1, p. 331-350, 1 jun. 2016. p. 343. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8622>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>188</sup> “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>189</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54 dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 577-598, jul./dez. 2013. p. 583. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/465>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Seu objetivo era assegurar às mulheres grávidas de fetos anencefálicos o direito à antecipação terapêutica do parto, assim como permitir aos profissionais da área da saúde que realizassem tais intervenções sem o risco de penalização.

Em sua argumentação, o advogado da CNTS, Dr. Luís Roberto Barroso apresentou argumento, que posteriormente seria desenvolvido na decisão da ADI 3.510, a respeito da relação entre o conceito de vida e a necessidade de atividade cerebral. Deste modo, em caso de anencefalia não haveria como se falar de vida, motivo pelo qual não seria possível associar a antecipação terapêutica de parto com uma prática abortiva. Nesse sentido:

Dr. Luís Roberto Barroso, [...], afirma que é direito da mulher não ser um útero a serviço da sociedade, mas escolher. Alega ser a anencefalia incompatível com a vida extrauterina. A lei estabelece o aborto como crime quando há potencialidade de vida, mas não há vida (no anencéfalo), portanto, ele conclui não se tratar de aborto.<sup>190</sup>

A ADPF 54 teve seu pedido liminar concedido pelo Ministro Marco Aurélio em 1º de julho de 2004, mas em 27 de abril de 2005 a decisão foi tornada sem efeito em decisão do Plenário do STF. No entanto, o Plenário admitiu seu processamento para análise de mérito. Análise essa que ocorreu apenas em 12 de abril de 2012, conforme decisão que segue.

#### 4.3.3.1 Voto do Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Marco Aurélio foi o relator da ADPF 54. Ele iniciou sua exposição abordando a importância do julgamento a respeito da situação dos fetos anencefálicos. Segundo ele, a relevância do tema estaria demonstrada pelos dados referentes à frequência de casos de anencefalia no Brasil. Afinal, segundo ele apresentou, até 2005, juízes e tribunais já haviam formalizado cerca de três mil autorizações para interrupções de gestações de fetos inviáveis. Ademais, o Brasil seria o quarto país com mais casos de anencefalia no mundo.

---

<sup>190</sup> LUNA, Naara. O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 24, n. 52, p. 165-197, dez. 2018. p. 177. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832018000300165&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832018000300165&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Sendo assim, chegara a hora de o STF ocupar-se com tema tão importante. Para tanto, o Ministro iniciou sua análise do tema fazendo questão de delimitar a questão em debate. Em suas palavras:

[...] pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado.<sup>191</sup>

Portanto, a tarefa posta seria verificar a possibilidade de permitir-se a interrupção terapêutica de gravidez de feto anencefálico. Nesse sentido o Ministro enfatizou não se debater ali a possibilidade de descriminalização das práticas abortivas, uma vez que abortamento e antecipação terapêutica do parto seriam coisas distintas.

No entendimento do Ministro a análise da questão envolveria uma série de princípios, mas não haveria colisão entre direitos fundamentais. Assim, asseverou ele:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.<sup>192</sup>

Uma vez que a complexidade do assunto estaria pautada em um conflito aparente entre direitos fundamentais, a verdadeira questão seria identificar se a obrigatoriedade de manutenção de uma gravidez de feto anencefálico estaria de acordo com os preceitos constitucionais. A esse respeito o Ministro, de antemão, afirmou considerar ser constitucionalmente insustentável a obrigatoriedade de manutenção da gravidez quando o feto fosse anencefálico.

---

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 32-33. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 33. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Segundo o Ministro, o primeiro motivo para sua conclusão seria o fato de o Brasil ser um Estado laico. Assim, a Constituição asseguraria a liberdade religiosa, no inciso VI do art. 5º<sup>193</sup>, e no inciso I do art. 19<sup>194</sup> definiria o caráter laico. Motivo pelo qual o Estado estaria proibido de impor um padrão de moralidade religiosa a ser seguido por todos. Portanto, as garantias de um Estado laico:

Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.<sup>195</sup>

À vista disso, seria fundamental reservar os preceitos religiosos para o ambiente privado, sem trazer-lhes para os debates públicos, como no caso em análise. Isso posto, o Ministro passou a analisar a questão da anencefalia.

Nesse sentido, o Ministro concluiu que, nos casos de anencefalia inexistente presunção de vida extrauterina. Sendo que essa característica teria levado o Conselho Federal de Medicina a concluir que fetos em tal situação são natimortos cerebrais, conforme Resolução nº 1.752/2004. Assim, como os fetos com

<sup>193</sup> “Art. 5º 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:

[...]

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 [...].” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>194</sup> “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 [...].” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 43. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.



anencefalia não possuiriam viabilidade extrauterina, não seria possível defender a necessidade de tutelar suas vidas em potencial, uma vez que inexistentes.

Consequentemente, por serem os fetos anencefálicos natimortos, o debate a respeito da antecipação terapêutica do parto nesses casos não teria como abrir brecha para a liberação de práticas abortivas eugênicas. Afinal, a anencefalia não seria equivalente a uma deficiência, mas sim uma condição inviabilizadora da própria vida.

O Ministro também rechaçou o argumento de que a proibição da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia teria como ponto positivo possibilitar que órgãos do bebê anencefálico fossem doados. Isso porque tais órgãos não seriam passíveis de doação e, caso o fossem, esta prática desrespeitaria a dignidade da mulher, que estaria obrigada a manter uma gravidez com finalidade exclusivamente pragmática. Assim, descartada esta motivação, não restariam argumentos para justificar a proibição da antecipação terapêutica nos casos de anencefalia. Afinal, segundo o Ministro:

Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais.<sup>196</sup>

Portanto, a interrupção de gestação de feto anencefálico seria conduta atípica, uma vez que não poderia ser considerada uma ação contra a vida. Sendo que somente faria sentido conceituá-la como abortamento se colocasse em risco a vida do feto.

Ademais, levando em consideração a existência de excludentes de ilicitude para as práticas abortivas, seria de se imaginar que, havendo conhecimento científico suficiente, os legisladores do Código Penal já tivessem identificado o caso de anencefalia como mais uma excludente de ilicitude. Afinal, o texto do Código Penal teria se mostrado avançado para sua época, uma vez que em 1940, apesar do machismo reinante, já previa possibilidades de abortamentos que protegessem a

---

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 54. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

saúde e a honra da mulher. De modo que, não pareceria desarrazoado imaginar que tendo como identificar a anencefalia, esse motivo também entrasse para o rol de gestações possíveis de serem interrompidas sem estar-se cometendo algum crime.

Assim, o Ministro Marco Aurélio demonstrou ter convicção de que os casos de anencefalia se caracterizam pela gestação de um natimorto. No entanto, como forma de esgotar as possibilidades de argumentação em defesa da proibição dos abortamentos de fetos anencefálicos, ele ainda desenvolveu outros motivos pelos quais este tipo de conduta não deveria ser criminalizado.

Nesse sentido, ele apresentou a compreensão de que, de acordo com a Constituição, não faria sentido defender que o direito à vida fosse absoluto. Isso porque na Constituição encontra-se admissão da pena de morte em caso de guerra declarada. Além disso, o próprio Código Penal apresenta exceções à defesa da vida do feto, o que de modo algum seria inconstitucional. Como se isso não bastasse, a própria proteção dos nascituros, nos casos de tipicidade penal, seria diferente da proteção às pessoas já nascidas, como se deduziria pela diferença de punição para casos de abortamento e de homicídio.

Sendo assim, asseverou o Ministro:

Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. 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.<sup>197</sup>

Outro ponto a ser analisado seria a necessidade de tutelar direitos da mulher, entre os quais estariam os direitos: à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade. Esse aspecto ganharia força em função do aumento de riscos relacionados com uma gravidez de feto anencefálico, o que teria impacto na saúde física e mental da mulher grávida.

Sendo assim, a imposição estatal da manutenção da gravidez de feto anencefálico se equipararia, na compreensão do Ministro, à tortura. Afinal:

---

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 60. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.<sup>198</sup>

Portanto, com base nos argumentos apresentados, o Ministro Marco Aurélio votou pela procedência da ADPF nº 54.

#### 4.3.3.2 Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber explorou as três formas de se enfrentar o tema em análise. Ou seja: a consideração de atipicidade da antecipação terapêutica do parto, que não seria equivalente a um abortamento; a análise da intenção do legislador a respeito da inserção do caso de anencefalia entre as excludentes de tipicidade; e a ponderação de valores entre os direitos da mulher e os direitos do feto anencefálico.

Dando início a sua análise, a Ministra apontou como falha no voto do Ministro Marco Aurélio o uso da Medicina como fundamentação para a definição de vida a ser adotada pelo Direito. Segundo ela, o julgador deveria buscar as definições importantes ao Direito no próprio Direito.

Isso posto, a Ministra passou a explorar a existência de gradações nas penas dos crimes contra a vida. Segundo ela, as diferenças nas punições entre abortamento, infanticídio e homicídio seriam indício de que existiria uma gradação na valorização da vida a ser protegida por cada um desses tipos penais. Ou seja, não haveria um valor único e universal para a vida em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, seria papel do Direito tutelar a vida com condição de convívio social, como teria ficado evidenciado com a decisão da ADI 3.510. Assim:

[...] para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica.<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 68. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 108.

Portanto, além dos fatores genéticos, o que faria com que uma vida passasse a ser tutelada pelo Direito seria a existência de capacidades mínimas para a vida em sociedade. Capacidades essas que não seriam portadas pelos fetos anencefálicos. Motivo que levou a Ministra a diferenciar a antecipação terapêutica do parto em gravidez de feto anencefálico das práticas abortivas. Afinal, o abortamento estaria relacionado com a interrupção de uma vida em desenvolvimento, com tendência a chegar a um grau de complexidade que a torne capaz do convívio social, enquanto o feto anencefálico não teria a mesma potencialidade.

Sendo assim, o posicionamento da Ministra foi pela procedência da ação, uma vez que se trataria de fato atípico. Em suas palavras:

[...] a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto. A interpretação ora declarada inconstitucional é incompatível com o conceito de vida que se pode extrair do caput do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>200</sup>

Apenas para esgotar a questão, a Ministra abordou ainda as outras duas formas de enfrentar a questão. Assim, afirmou não ser possível adotar posicionamento diverso ao já exposto em função de um apelo à vontade do legislador. Afinal, o Código Penal é de 1940, período em que não se tinha a disposição tecnologia capaz de identificar a anencefalia, mas naquela época já se previu duas excludentes de ilicitude, sendo que nelas o feto seria viável. Ou seja, seria plausível presumir que a anencefalia não se encontra, originariamente, entre as excludentes de ilicitude em função, apenas, da limitação tecnológica da época.

Já com relação à questão da ponderação de valores, a Ministra afirmou que, havendo o alegado conflito entre o valor da vida do feto e o valor dos direitos das mulheres, em caso de anencefalia seria evidente que o mais adequado seria o Estado optar pela tutela dos direitos da mulher. Em suas palavras:

---

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 112. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

[...] se, por um lado, a intervenção do Estado viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante, a omissão deixa de proteger um fenômeno biológico sobre o qual há dúvida a respeito da aplicabilidade concreta do princípio defensivo reivindicado. A força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva.<sup>201</sup>

Destarte, esgotando as linhas argumentativas possíveis, a Ministra Rosa Weber votou pela procedência da ADPF 54.

#### 4.3.3.3 Voto do Ministro Luiz Fux

Para o Ministro Luiz Fux, a manutenção de uma gravidez de feto anencefálico, sem que haja o desejo da mulher, se equipararia à tortura. Isso porque tal gravidez resultaria em um grave abalo psicológico.

Em sua jornada argumentativa, o Ministro defendeu a necessidade de se adotar o modelo interpretativo da teoria da leitura moral da Constituição, de Ronald Dworkin. Sendo que tal teoria, segundo ele, implicaria na necessidade de atualização do artigo 128 do Código Penal. Afinal: “[...] o atual art. 128 do de Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa releitura moral a que refere Ronald Dworkin, exatamente porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais.”<sup>202</sup>

Segundo o Ministro, a limitação de direitos fundamentais deveria respeitar o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, a condenação de uma mulher por interromper uma gravidez de feto anencefálico seria uma medida desproporcional. Afinal, a lei penal deveria ser tida como *ultima ratio*, assim, as condenações criminais “[...] só se justificam onde meios incisivos, como os do Direito Público - e o aborto é uma questão de saúde pública, não é uma questão de Direito Penal -, não bastem aos interesses de uma eficiente proteção aos bens jurídicos [...]”<sup>203</sup>

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 133. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 165. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 169-170.

Portanto, na visão do Ministro, a questão do abortamento de feto anencefálico deveria deixar de ser um problema penal e passar a ser compreendido exclusivamente como um problema de saúde pública. Afinal, no modelo em vigor se teria uma prática punitiva carente de razoabilidade. Deste modo, seu voto foi pela procedência da ação.

#### 4.3.3.4 Voto da Ministra Carmen Lúcia

Após analisar as características da anencefalia e do conceito de morte para o Direito, a Ministra Carmen Lúcia passou a identificar as normas constitucionais que seriam pertinentes para a análise do caso. Nesse sentido, a Ministra apontou a necessidade de observação do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a garantia da inviolabilidade do direito à vida.

De acordo com seu posicionamento, o debate a respeito da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia apresentaria conflito normativo apenas aparente. Afinal de contas, por adotar a morte cerebral como critério para a definição de morte, não faria sentido o Direito usar outro critério que não o funcionamento cerebral para identificar o começo da vida. Em função disso, afirmou a Ministra:

Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencéfalo.<sup>204</sup>

Desse modo, o feto anencefálico sequer poderia ser tido, pelo Direito, como vivo. Ou seja, a interrupção de uma gestação de um feto não vivo não poderia ser tida como um crime, uma vez que não haveria a supressão da vida, que é o que se tentaria evitar com a tipificação das práticas abortivas. Assim, da mesma forma que não faria sentido penalizar a mulher, não faria sentido criminalizar a prática do

---

Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 214. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

médico que, nos casos de anencefalia, agisse com base no consentimento da gestante.

Além disso, a Ministra também sustentou a necessidade de que o Código Penal acompanhe as mudanças sociais. Isso porque, a sociedade teria avançado muito desde sua instituição. Afinal, em 1940, quando foi instituído, assim como quando da instituição do Código Civil, em 1916, a mulher era considerada como sendo relativamente incapaz, demandando autorização de seu cônjuge para trabalhar, ter conta bancária, poder viajar, entre outras coisas. Portanto, tendo isso em mente ficaria mais fácil compreender as limitações existentes quanto à concretização da autonomia das mulheres, o que no presente não faria mais sentido.

Outro ponto importante para se ponderar ao analisar a questão da antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia seria a impossibilidade de julgamentos pautados em critérios religiosos. Isso porque o Direito deveria manter-se distante de argumentos morais guiados por crenças religiosas, mantendo-se regido pelas normas jurídicas.

Para finalizar, a Ministra também defendeu o fato de que a permissão de interrupção de gestação nos casos de feto anencefálico seria uma forma de assegurar a saúde física e mental da mulher grávida. Portanto, em função dos argumentos apresentados, seu voto foi pela procedência da ação.

#### 4.3.3.5 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski considerou que a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia equivaleria a uma prática de abortamento eugênico. Ademais, caberia apenas ao Congresso Nacional a tarefa de alterar a legislação criminal no sentido de adicionar esse modelo de abortamento entre as hipóteses de excludente de ilicitude.

Sendo assim, se o Congresso Nacional optou pela manutenção original da tipificação das práticas abortivas, não caberia ao STF declarar nova excludente de ilicitude. Afinal, a tarefa interpretativa teria duas barreiras importantes que limitariam a possibilidade de atuação do STF, “[...] de um lado, não é dado ao hermeneuta



afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.”<sup>205</sup>

Portanto, na medida que reconhecesse nova excludente de ilicitude, o STF estaria assumindo posição de legislador positivo, o que lhe seria vedado.<sup>206</sup> Isso porque as cortes constitucionais teriam o dever de exercer apenas o papel de legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico apenas as normas flagrantemente incompatíveis com a Constituição.

Sendo assim, a única decisão plausível seria votar pela improcedência da ação, sob risco de posição diversa resultar em usurpação de competência privativa do Congresso Nacional. Portanto, o Ministro votou pela improcedência da ação.

#### 4.3.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Ao iniciar sua análise a respeito do mérito da ADPF 54, o Ministro Gilmar Mendes frisou o fato de que 94 das 194 nações vinculadas à ONU já assegurassem às mulheres o direito à interrupção da gestação quando constatada ausência parcial ou total do cérebro do feto. Dito isso, ele passou a analisar os três fundamentos apresentados na ação como justificativas para seu pedido.

A respeito da tese da atipicidade, o Ministro expressou sua discordância, uma vez que o feto, apesar de ser anencefálico, é um nascituro. Característica que não seria afetada em função do tempo de sua expectativa de vida futura. Assim, a possibilidade de os fetos anencefálicos nascerem com vida, independente da duração dessa vida, bastaria para que fossem considerados nascituros, motivo pelo qual não haveria possibilidade de tratamento diverso àquele dado às interrupções de gestações com fetos não anencefálicos.

---

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 244. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>206</sup> Nas palavras do Ministro: “[...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 244. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Enquanto isso, a defesa da necessidade da prevalência do princípio da dignidade e do direito constitucional à saúde também se apresentaria, segundo o Ministro, como inadequada para a análise da questão. Uma vez que, sendo o feto anencefálico um nascituro, não estaria ele desprovido de dignidade e seus efeitos.

Isso posto, o Ministro alertou para o fato de que a argumentação desenvolvida a partir dali não poderia ser replicada para outras formas de abortamento. Portanto, exclusivamente, para os casos de anencefalia, seria necessária a aplicação de uma interpretação evolutiva. Afinal, na perspectiva do Ministro, seria possível “[...] aferir um norte interpretativo a partir das próprias opções do legislador, que transitam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.”<sup>207</sup>

Tal conclusão decorreria do fato de que os próprios legisladores do Código Penal, ao excepcionarem duas hipóteses de abortamento, expressaram os valores e bens jurídicos a serem protegidos. Nesse sentido, o abortamento de fetos anencefálicos estaria entre os dois casos de excludentes de ilicitude já existentes. Todavia, não estaria explicitado no Código Penal por ausência de tecnologia capaz de identificar os casos de anencefalia na época da instituição do código. Sendo assim, com a tecnologia existente na atualidade, seu não reconhecimento como uma das hipóteses de excludente de ilicitude seria um equívoco injustificável. Destarte, “[...] a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição.”<sup>208</sup>

Assim, em seu entendimento, a solução a ser dada para a ADPF 54 estaria vinculada com a definição do abortamento de feto anencefálico como uma nova hipótese de excludente de ilicitude, culminada com a imposição para que o Ministério da Saúde editasse normas que regulassem o procedimento de diagnóstico necessário para possibilitar esse tipo de abortamento. Conseqüentemente, ao invés de reconhecer a atipicidade, o Ministro Gilmar Mendes optou por um efeito aditivo, acrescentando a anencefalia entre os casos de excludentes de ilicitude.

---

<sup>207</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 291. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 294-295. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

#### 4.3.3.7 Voto do Ministro Celso de Mello

Ao expor seu entendimento a respeito da possibilidade de realização da antecipação terapêutica do parto nos casos de feto anencefálico, o Ministro Celso de Mello afirmou ser importante valorizar o avanço no reconhecimento de direitos básicos às mulheres. Sendo que essa valorização se deveu, principalmente, aos tratados e convenções internacionais.

Outro ponto considerado importante para o tema em análise seria a relevância de respeito à laicidade do Estado. Quanto a isso, afirmou o Ministro: “[**e]m matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.”<sup>209</sup>**

Para o Ministro, a definição da ADPF 54 deveria levar em consideração o fato de que os constituintes rechaçaram a ideia de proteger a vida humana desde a concepção. Sendo que a mesma postura seria identificada com relação a maior parte dos documentos internacionais.

Por fim, o Ministro apresentou a ideia de que o feto anencefálico seria destituído de viabilidade, motivo pelo qual não se poderia considerar que o fim de sua gestação fosse classificado como uma prática abortiva. Em suas palavras:

[...] **evidencia-se, no caso, para efeitos criminais, a caracterização de absoluta impropriedade** do objeto, **eis que inexistente** organismo **cuja integridade** deva ser protegida pela legislação penal, **pois, segundo o Conselho Federal de Medicina, o anencéfalo** qualifica-se como “*natimorto cerebral*”, **vale dizer, o feto revela-se** organismo **destituído** de viabilidade **e** de autonomia existencial **em ambiente extrauterino, ou seja, torna-se lamentavelmente plena a certeza de letalidade, seja** no curso de processo de gestação, **seja** no momento do nascimento, **seja, ainda,** em alguns minutos, horas ou dias após o parto.<sup>210</sup>

Consequentemente, por ser o feto anencefálico um natimorto, não haveria sentido em criminalizar a antecipação terapêutica do parto nesses casos. No

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 337. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>210</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. p. 355-356. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

entanto, o Ministro Celso de Mello discordou de ser caso de atipicidade. Segundo ele, tratar-se-ia de uma nova excludente de ilicitude.

Sendo assim, o Ministro Celso de Mello, reforçando conclusão apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, votou pela procedência da ação, dando interpretação conforme a Constituição para os artigos 124, 126, “*caput*” e 128, incisos I e II do Código Penal, considerando a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia como uma nova hipótese de excludente de ilicitude. O Ministro defendeu ainda a necessidade de regulação do atestado de anencefalia.

#### 4.3.3.8 Consequências da decisão

De acordo com o resumo dos votos apresentados, evidencia-se a discordância entre os ministros a respeito do enquadramento da antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia. Assim, embora alguns ministros tenham compreendido que seria caso de criação de nova hipótese de excludente de ilicitude, a decisão acabou sendo pela adoção da ideia de atipicidade. Portanto:

[...] não foi criada uma nova condição de excepcionalidade nem discutiu-se a possibilidade de ampla descriminalização, haja vista que não analisou-se a constitucionalidade do tipo penal do aborto em si, mas o reconhecimento da impossibilidade de concretização da vida em gestações como tais, declarando-se a atipicidade da conduta penal das hipóteses de aborto arroladas no Código Penal para os casos de anencefalia [...].<sup>211</sup>

A análise dos votos dos ministros permite concluir que a declaração de atipicidade apontada na decisão da ADPF 54 esteve pautada, basicamente, no critério da inviabilidade do feto anencefálico. Com isso, a decisão deixou em um segundo plano a questão dos direitos da mulher. Uma possibilidade para a compreensão disso pode residir na intenção de não ingressar em um território mais complexo. Afinal, “[...] quando o STF se preocupa em desqualificar o aborto em casos de gestações de anencéfalos, para a antecipação terapêutica do parto,

---

<sup>211</sup> DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. Da dor solitária e das lágrimas que não se mostra: a criminalização do aborto como punição da sexualidade da mulher. **Revista de Direito Brasileira**, v. 20, n. 8, p. 378-407, ago. 2018. p. 389-390. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3972>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

verifica-se a preocupação em não gerar um argumento em favor da descriminalização dos abortos em geral.”<sup>212</sup>

No entanto, apesar disso, a decisão da ADPF 54 representou um acréscimo substancial ao reconhecimento da liberdade de escolha das mulheres, ao menos daquelas que passam pela experiência de uma gestação com feto anencefálico. Isso porque:

[...] o precedente firmado no julgamento da arguição aproxima-se um pouco mais das premissas adotadas pelas cortes constitucionais dos mais diversos países democráticos, que vêm procurando elucidar o âmbito de proteção do direito à livre escolha reprodutiva da forma mais consentânea possível com o estágio atual da ciência médica e com as novas demandas femininas apresentadas no cenário político-social.<sup>213</sup>

Além de ter representado um progresso no reconhecimento das liberdades individuais, a decisão da ADPF 54 também representou a manutenção de uma perspectiva decisória apontada pela ADI 3.510 e pelo *Habeas Corpus* 84.025. Portanto, pode ser tida como um exemplo da adoção de uma leitura moral da Constituição e postura integralista, de acordo com a teoria de Dworkin. Nesse sentido:

[...] no julgamento da ADPF n. 54, o Plenário do STF partiu de uma leitura moral do ordenamento jurídico e de uma perspectiva reconstrutiva que, superando autocompreensões assimétricas de mundo, resguardou a independência ética de mulheres e consagrou de forma normativamente sensível o ideal de integridade, tão caro a Dworkin.<sup>214</sup>

Resta agora verificar sua relação com a decisão do *Habeas Corpus* 124.306.

<sup>212</sup> MELLO, Luciana Ferreira; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Paralelo entre os Precedentes dos Estados Unidos – Análise da Decisão Roe versus Wade, e o Instituto da Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes no Brasil – Análise da Decisão Proferida pelo STF na ADPF n. 54. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov. 2014. p. 233. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>213</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. Estado Democrático de Direito e as liberdades individuais: a legalização do aborto à luz do princípio da autodeterminação. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 58, p. 125-145 dez. 2013. p. 139. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34868>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>214</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. p. 156. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26397>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

#### 4.3.4 *Habeas Corpus* nº 124.306

O *Habeas Corpus* 124.306 foi impetrado na tentativa de promover a soltura dos pacientes ligados a uma clínica de abortamento da cidade de Duque de Caxias, no estado do Rio de Janeiro. A prisão preventiva havia sido baseada na acusação de que eles formavam uma quadrilha e promoviam abortamentos clandestinos.

Em 08 de dezembro de 2014 o Ministro Marco Aurélio deferiu medida acauteladora para os pacientes Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, que haviam sido presos em flagrante em 14 de março de 2013. Em 27 de junho de 2015 os efeitos foram estendidos para Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto. No entanto, a decisão da Primeira Turma do STF ocorreu apenas em 29 de novembro de 2016.

Aparentemente aquele julgamento seria apenas mais um relacionado com a verificação de critérios processuais. Contudo, a decisão do *Habeas Corpus* 124.306, a partir do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso adicionou novos elementos ao debate a respeito da criminalização das práticas abortivas no Brasil. Portanto, como o voto do Ministro Marco Aurélio, relator do *Habeas Corpus* 124.306, que concedia o deferimento do pedido ficou restrito à análise das questões processuais, passa-se imediatamente para o resumo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

##### 4.3.4.1 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou um voto-vista, em que não conheceu o *Habeas Corpus* por não o considerar adequado para o caso. Segundo ele, o correto seria um Recurso Ordinário Constitucional. No entanto, votou pela concessão de ofício do pedido de liberdade, por não identificar o preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>215</sup>.

A partir de então ele passou a expor os motivos de considerar inconstitucional a criminalização das práticas abortivas voluntárias realizadas no primeiro trimestre

---

<sup>215</sup> “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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.



da gestação. Segundo o Ministro, essa criminalização violaria direitos fundamentais da mulher, além de não respeitar o princípio da proporcionalidade.

O Ministro seguiu sua exposição apresentando o dilema envolvendo a questão do marco inicial da vida. Segundo ele, não haveria uma resposta unânime para a questão, no entanto, o conhecimento estabelecido seria suficiente para demonstrar a inviabilidade do embrião<sup>216</sup> em condição externa ao útero materno.

Dada essa inviabilidade do embrião, a criminalização das práticas abortivas nesse estágio de gravidez desrespeitaria alguns direitos fundamentais das mulheres. Nesse sentido, o primeiro direito em jogo seria o direito à autonomia. De acordo com o Ministro:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida.<sup>217</sup>

Como consequência disso, também seria afetado o direito à privacidade. Direito esse que imporá ao Estado um limite em que ele não devesse interferir, uma vez que seria um espaço de tomada de decisões pessoais, pautadas por valores, desejos e interesses próprios de cada pessoa. Aqui residiria o direito de controlar sua vida e seu corpo, sendo que no caso das mulheres deveria abarcar a possibilidade de tomar a decisão de manter ou não a gravidez de embrião ainda inviável.

---

<sup>216</sup> A questão do termo usado pelo Ministro está relacionada com o fato de que a biologia costuma distinguir as etapas do período pré-natal humano em quatro, respectivamente: zigoto, pré-embrião, embrião e feto. Nesse sentido: “[...] a fase embrionária, momento que se tem o embrião, vai em média da segunda à oitava semanas, em que ocorrem o desenvolvimento dos órgãos e principais sistemas corporais (respiratório, digestivo e nervoso). Esta é a fase que o embrião se encontra mais vulnerável a influências do ambiente pré-natal e os embriões com defeitos graves originam abortos espontâneos; a fase fetal é estimada da oitava semana até ao nascimento, em que ocorre a maturação do feto até o parto.” DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. Da dor solitária e das lágrimas que não se mostra: a criminalização do aborto como punição da sexualidade da mulher. **Revista de Direito Brasileira**, v. 20, n. 8, p. 378-407, ago. 2018. p. 386. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3972>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. p. 17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 jul. 2019.



A criminalização de abortamentos de embriões também afetaria o direito à integridade física e psíquica. Afinal, existiriam riscos em manter-se uma gravidez indesejada. De modo que, obrigar alguém a ter um filho indesejado seria uma violação ao direito à integridade psicofísica, além de desrespeitar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, uma vez que as mulheres deveriam ter o direito de escolher quando ter filhos.

Outros dois direitos desrespeitados seriam os direitos à igualdade de gênero e a não discriminação social. Isso porque somente as mulheres suportariam o ônus de ter a obrigação de manter uma gestação indesejada e as mulheres pobres, por não terem acesso às práticas abortivas no sistema público de saúde, apelariam para clínicas clandestinas com pouco estrutura, o que aumentaria os riscos para sua saúde.

Além dessa argumentação a respeito dos direitos das mulheres que são desrespeitados ao manter-se a criminalização das práticas abortivas no primeiro trimestre de gestação, o Ministro Luís Roberto Barroso também abordou o fato de que o Código Penal estaria ultrapassado no que diz respeito ao abortamento. Segundo ele, isso teria ficado demonstrado com a decisão da ADPF 54. Em suas palavras:

Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.<sup>218</sup>

O Ministro reforçou sua defesa pela atualização do enfrentamento da questão das práticas abortivas afirmando que a reprovação moral a tais práticas, por parte de grupos religiosos, não poderia ser um obstáculo para as decisões do Estado. Afinal, por ser laico, o Estado não pode impor um padrão moral a ser seguido.

Além disso, seria relevante o fato de que o peso do valor do ser gestado aumentaria quando ele passasse a ser viável fora do útero da mulher. Portanto, “[o]

---

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. p. 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto.<sup>219</sup>

Nesse sentido, o Ministro citou a decisão do caso *Roe contra Wade* como exemplo por ter protegido a vida pré-natal sem para isso desrespeitar o direito das mulheres às práticas abortivas. Portanto, seria possível ao Estado tutelar os direitos das mulheres e dos fetos viáveis. Para tanto, bastaria assegurar às mulheres o direito de exercer sua autonomia enquanto não houvesse viabilidade do feto, o que ocorreria no primeiro trimestre de gestação. Afinal, “[d]urante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno.”<sup>220</sup>

No entanto, essa necessária exclusão de incidência dos artigos 124 e 126 durante o primeiro trimestre de gestação não poderia ser feita por meio de declaração de inconstitucionalidade da lei penal. Afinal, por serem anteriores à Constituição, a saída seria a declaração de não recepção de tais dispositivos.

Assim, partindo do pressuposto da não recepção dos dispositivos supracitados, a decisão do Ministro foi pela concessão de ofício da ordem de afastamento de prisão preventiva. Isso porque não haveria incidência de crime nos casos de interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre.

#### 4.3.4.2 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin não conheceu o *Habeas Corpus*. Ademais, declarou acompanhar o voto-vista do Ministro Barroso, alegando concordar com os fundamentos processual e de mérito.

---

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. p. 26. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

#### 4.3.4.3 Voto da Ministra Rosa Weber

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber apontou o não cabimento do *Habeas Corpus*. No entanto, ela concordou que não haveria fundamento legal para a prisão dos pacientes.

Segundo a Ministra, o caso apresentava um conflito entre o direito à vida do nascituro e os direitos à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher. Sendo que, tais direitos da mulher seriam responsáveis pela concretização de outro direito, a saber, o direito à igualdade de gênero.

Em sua perspectiva, o caso *Roe contra Wade*, seria um exemplo de solução para o conflito apresentado. Assim como a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de novembro de 2012, em que o tribunal assegurou o direito às técnicas de fecundação *in vitro*, redefinindo

[...] o alcance interpretativo do artigo 4.1 da Convenção Americana, que trata do direito à vida. E, ao assim decidir, enfrentou a necessidade de tutela dos direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva e consignou o caráter não absoluto dos direitos do embrião e do feto.<sup>221</sup>

Portanto, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos teria sido paradigmática, por relativizar o direito à vida que na Convenção Americana de Direitos Humanos está descrita como sendo, em geral, desde a concepção. Logo, no novo entendimento o direito à vida deixaria de ser absoluto e incondicional.

Segundo a Ministra, exemplos de posicionamentos parecidos a esse também seriam encontrados entre as decisões da Corte Europeia. Afinal, embora não tivesse analisado a questão do direito ao abortamento, tal tribunal já havia considerado existir um limite para o Estado intervir na liberdade reprodutiva e que os fetos não possuem os mesmos direitos das pessoas já nascidas.

Esse entendimento de que o direito à vida não seria absoluto, de acordo com a Ministra, já teria sido assimilado pelo STF nas decisões da ADPF 54 e da ADI

---

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. p. 40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

3.510. Além de estar implícito na possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada e nas excludentes de ilicitude das práticas abortivas do Código Penal.

Decorreria disso sua conclusão de que a criminalização do abortamento cometido no primeiro trimestre de gestação seria injustificada. Afinal:

[...] a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre.<sup>222</sup>

Assim, a Ministra Rosa Weber também votou pela soltura de ofício dos pacientes. Sua motivação foi a convicção de que não haveria incidência de ação criminosa na conduta deles.

#### 4.3.4.4 Consequências da decisão

Embora a decisão do *Habeas Corpus* 124.306 tenha aprofundado o debate a respeito da legalização das práticas abortivas durante o primeiro trimestre da gestação, é evidente que ela não promoveu tal legalização. Afinal:

O HC 124.306 foi processado e julgado por uma das turmas do STF, e a questão constitucional foi suscitada em controle incidental. Não tem, assim, a representatividade de uma decisão do Plenário nem os efeitos *erga omnes* e vinculantes de uma decisão em controle de constitucionalidade por via de ação direta.<sup>223</sup>

Portanto, o que decorre de tal decisão é o fortalecimento, em função dos posicionamentos dos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, de uma interpretação favorável à legalização do abortamento no período inicial da gestação. Nessa perspectiva, tem-se que o direito à vida não seria absoluto e que em um conflito entre a tutela da vida de um embrião e a tutela de direitos

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. p. 46. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

<sup>223</sup> STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 18, n. 3, p. 763-776, 8 dez. 2017. p. 773. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16270>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

considerados fundamentais das mulheres, deveria optar-se pelos interesses da mulher. Isso porque, durante o período embrionário e início do período fetal, não haveria viabilidade de vida extrauterina. Destarte, verificou-se uma hipertrofia do conceito de inviabilidade da vida, que até então era aplicado apenas nos casos em que ela fosse perene (embriões *in vitro* e fetos anencefálicos) e no presente caso passou a ser considerada para uma condição temporária.

Além disso, resta nítida a relação existente entre os argumentos apresentados no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso e a linha argumentativa desenvolvida na petição inicial da ADPF 442. Isso porque:

Os fundamentos e os argumentos expostos na petição inicial da ADPF 442 são os mesmos do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso. O pedido coincide com a decisão da Primeira Turma. A pretensão é dar eficácia geral e efeitos vinculantes ao teor daquela decisão.<sup>224</sup>

Portanto, é possível concluir que a ADPF 442 tenha sido formulada conforme posicionamento da Primeira Turma no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306, justamente para aumentar a chance de seu pedido ser tido como procedente. Isso posto, chegou a hora de verificar se, de fato, a procedência da ADPF 442 estaria de acordo com a teoria proposta por Dworkin.

#### 4.4 PERSPECTIVAS PARA A ADPF 442 DE ACORDO COM O INTEGRALISMO JURÍDICO

De acordo com Dworkin, por meio da aplicação do integralismo jurídico torna-se possível avaliar qual seria a decisão correta para os *hard cases*, como é o caso da ADPF 442. Para tanto, é preciso retomar aqui o modelo de tomada de decisão previsto pelo integralismo jurídico.

Assim, inicialmente tem-se a necessidade de buscar indícios na história legislativa que ajudem a compreender os objetivos das normas envolvidas com a questão. Nesse caso, surgem como apontamentos importantes a criação de

---

<sup>224</sup> STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 18, n. 3, p. 763-776, 8 dez. 2017. p. 773. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16270>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

excludentes de ilicitude para o abortamento em um período em que imperava um pensamento extremamente machista (o que demonstra um posicionamento arrojado por parte do legislador do Código Penal) e a não adoção de uma tutela do direito à vida desde a concepção, por parte dos constituintes. Com isso torna-se pacífico o fato de que no Brasil a vida não é um bem absolutamente inviolável, tampouco que sua tutela seja um dever constitucional desde a concepção.

Com relação a esse fato, é relevante a menção da Ministra Rosa Weber, em seu voto no *Habeas Corpus* 124.306, a respeito da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que relativizou a compreensão de que a Convenção Americana de Direitos Humanos tutelasse a vida desde a concepção. Tal decisão é paradigmática e pode resultar em uma revisão de posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, que, pelo menos até abril de 2012 (ADPF 54), portanto antes da decisão da Corte Interamericana, mantinha-se como o único ministro, entre os que tiveram aqui seus votos resumidos, a defender que a vida seria um bem inalienável desde a concepção, usando como fundamento, justamente, o conteúdo da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Dito isso, volta-se para a tarefa de interpretação moral da Constituição. Assim, chega-se ao estágio de identificação dos princípios constitucionais relacionados com a questão a ser solucionada. Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que o conceito não é tido como uma pessoa constitucional (uma vez que esse é, segundo a Constituição brasileira, um atributo das pessoas já nascidas, tenha-se em vista a escolha de termos do *caput* do art. 5º), a questão do abortamento, de acordo com a jurisprudência apresentada, estaria fundamentada nos princípios da laicidade do Estado e da dignidade da pessoa humana, que seria base para o restante do ordenamento jurídico pátrio, sustentando os diversos direitos constitucionais atribuídos às mulheres, a saber: direito à liberdade, à igualdade, à não submissão à tortura, à saúde, à proteção da maternidade, ao planejamento familiar e aos direitos sexuais e reprodutivos, entre outros.

Dando seguimento à aplicação do integralismo jurídico chega-se ao momento de promover uma análise do histórico das decisões jurídicas. Nesse sentido, de acordo com o resumo das decisões relacionadas com o tema de mérito da ADPF 442, tem-se que no julgamento do *Habeas Corpus* 84.025 o Ministro relator concluiu que o objetivo da criminalização do abortamento seria a proteção da vida potencial e da incolumidade da gestação. No entanto, em caso de gestação de feto

anencefálico, caso fosse do interesse da gestante, a antecipação terapêutica do parto seria fato atípico. Afinal, para ser considerado abortamento deveria envolver a morte do feto, o que seria impossível ocorrer com o feto anencefálico, já que o ordenamento jurídico brasileiro adota o critério de morte cerebral. Logo, feto anencefálico já estaria morto para o Direito. Destarte, a inexistência de funcionamento cerebral justificaria a permissão para a interrupção de gravidez.

Posteriormente, na decisão da ADI 3.510 os ministros do STF, partindo do pressuposto de que a inviolabilidade da vida não é absoluta, concluíram que as células-tronco de embriões humanos sobressalentes de processos de fecundação *in vitro* poderiam ser utilizadas em pesquisas científicas. Essa decisão teve como fundamentos a diferença de tutela do direito à vida destinada a um embrião *in vitro* e a um nascituro, adotando uma compreensão natalista, o reconhecimento de direitos reprodutivos e a defesa da liberdade de expressão científica. Para a análise da questão da legalização do abortamento importam os dois primeiros fundamentos.

Nesse caso, a adoção da compreensão natalista resultou do critério de viabilidade. Por essa lógica, o embrião *in vitro* não teria viabilidade de vida, a menos que fosse gestado. Como esse não seria o caso dos embriões envolvidos no debate da Lei de Biossegurança, a vida deles seria inviável, motivo pelo qual não demandariam que o Estado tutelasse suas vidas potenciais que sequer existiam. Por outro lado, o reconhecimento de direitos reprodutivos estaria associado ao direito constitucional ao planejamento familiar. Nesse sentido, seria um direito a definir quando ter filhos, sem a intervenção de terceiros.

Enquanto isso, a decisão da ADPF 54 também foi pautada pelo critério da viabilidade da vida. Segundo posicionamento majoritário, alinhado com a teoria exposta pelo Ministro Joaquim Barbosa na decisão do *Habeas Corpus* 84.025, a anencefalia resultaria na inviabilidade da vida do feto. Logo, a interrupção de sua gestação não poderia ser considerada abortamento, uma vez que o abortamento demandaria que se provocasse a morte do feto, mas o feto anencefálico já estaria morto por não possuir funcionamento cerebral. Além disso, a ADPF 54 também resultou em uma valorização da liberdade de escolha da mulher, embora ainda limitada à possibilidade de interromper uma gestação tida como infrutífera, já que de natimorto.

Por fim, a decisão do *Habeas Corpus* 124.306, embora não tendo efeito *erga omnes*, fortaleceu a argumentação no sentido da defesa do direito das mulheres de



poderem tomar decisões a respeito de suas vidas e seus corpos. Nessa acepção defendeu a prevalência dos direitos à autonomia, privacidade, integridade psicofísica, igualdade de gênero, não discriminação social, assim como dos direitos sexuais e reprodutivos.

Ademais, para sustentar a constitucionalidade das práticas abortivas, adotou-se uma espécie de hipertrofia do conceito de inviolabilidade da vida. Isso porque a inviolabilidade já havia sido assumida nas decisões anteriores como critério para justificar a interrupção do processo gestacional, no entanto, era usada em situações perenes, como nos casos dos embriões *in vitro* (ADI 3.510) ou dos fetos anencefálicos (*Habeas Corpus* 84.025 e ADPF 54). Agora, por tratar da possibilidade de abortamento em qualquer gestação, a saída foi aplicar a teoria da inviabilidade a uma condição temporária. Afinal, no primeiro trimestre de gestação (período em que as práticas abortivas deveriam ser descriminalizadas) o embrião, ou o feto, ainda não possuiria viabilidade extrauterina, tampouco funcionamento cerebral, portanto, seria como se ainda não pudesse ser considerado vivo em função da adoção do critério de vida delimitada pelo funcionamento cerebral. Destarte, a interrupção de gestação durante o primeiro trimestre não poderia ser tipificada como aborto por não causar a morte, uma vez que ali não haveria vida.

Com base nesse levantamento histórico das decisões judiciais do STF percebe-se direcionamento capaz de conduzir à procedência do pedido da ADPF 442. Afinal, nas decisões aqui analisadas encontra-se uma linha evolutiva no sentido de reconhecer-se a necessidade de respeito aos direitos das mulheres e ao mesmo tempo considerar-se a possibilidade de interromper gestações de seres inviáveis, uma vez que o Estado é laico, o que o impossibilita de adotar um modelo moral religioso que fundamente a defesa da vida desde a concepção. Ou seja, vislumbra-se aqui a possibilidade daquilo que Dworkin define como alinhamento vertical.

Cabe aqui a ponderação de que, embora possa parecer haver uma lacuna formada pela carência de justificação mais aprofundada para a aplicação do conceito de inviabilidade para embriões e fetos sãos e que estão sendo gestados normalmente, não há nessa hipertrofia do conceito uma incoerência com relação ao que vinha sendo sustentado anteriormente. Além disso, tal crítica também era possível com relação à decisão do caso *Roe contra Wade*, e nem por isso Dworkin deixou de considerá-la um exemplo de aplicação do integralismo jurídico.

Sendo assim, tem-se na sequência de aplicação do modelo de Dworkin a necessidade de alinhamento horizontal. Quanto a isso, aparentemente, a perspectiva é favorável à procedência da ADPF 442. Afinal, dos onze ministros que atualmente formam o STF, apenas dois não votaram em nenhum dos casos aqui analisados (ministros Dias Tofoli e Alexandre de Moraes).

Entre os demais destaca-se o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, que nos dois votos relacionados com temas afins ao da ADPF 442 posicionou-se pela necessidade de tutela do direito à vida desde a concepção. Porém, como apresentado anteriormente, seu fundamento foi prejudicado por decisão tomada na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Enquanto isso, os ministros Carmen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Marco Aurélio já se posicionaram favoráveis à tese de que o direito à vida não é absoluto e de que a viabilidade é critério fundamental para justificar a criminalização da interrupção de gestação. Por fim, os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Edson Fachin, acabaram por antecipar seus posicionamentos a respeito da necessidade de descriminalização das práticas abortivas durante o primeiro trimestre de gestação. Portanto, é possível vislumbrar, também, um alinhamento horizontal em uma decisão pela procedência da ADPF 442.

Nesse sentido, a decisão pela procedência da ADPF 442, aparentemente passaria pelo teste de adequação, uma vez que estaria pautada por princípios constitucionais, além e apresentar alinhamento vertical e horizontal. Além disso, como a decisão estaria pautada em princípios e tendendo a ser muito próxima do que foi decidido no caso *Roe contra Wade*, a conclusão é de que ela também passaria pelo teste de justificação, uma vez que estaria pautada na promoção da solução mais justa ao reconhecer direitos individuais e não apenas adotar uma postura política.

Ademais, esse apontamento do integralismo jurídico a uma decisão pela procedência da ADPF 442, demonstra-se capaz de, ao menos, minimizar a crítica apresentada por Dworkin à decisão do caso *Roe contra Wade*. Isso porque, a frequência com que, nos casos aqui analisados, os ministros fundamentaram suas decisões no princípio da laicidade do Estado, parece indicar o fato de que ele deve ter papel substancial no julgamento da ADPF 442. Assim, ele fundamentaria, ao

menos, subsidiariamente a defesa de um direito ao abortamento de embrião ou feto indesejado.

Tal possibilidade seria viável porque, assim como no Estados Unidos da América, a Constituição brasileira também assegura a liberdade de consciência e de crença, como diversos ministros expuseram. Logo, segundo a teoria de Dworkin, seria possível a declaração de inconstitucionalidade da tipificação de abortamento para a interrupção de gestação durante o primeiro trimestre, em função da laicidade do Estado brasileiro, uma vez que “[...] a liberdade de consciência e crença está expressamente enumerada na constituição federal como um princípio de liberdade inalienável a ser assegurado a todo indivíduo.”<sup>225</sup>

Destarte, a menos que essa liberdade seja desrespeitada por normas penais baseadas na imposição de determinada visão de mundo, as pessoas (principalmente as mulheres, por estarem diretamente envolvidas na questão) deveriam ter a possibilidade de fazer suas escolhas com base nos próprios padrões de sacralidade. Assim, enquanto ser inviável fora do útero materno, o valor a ser destinado ao embrião e ao feto em período inicial de desenvolvimento, dependeria das crenças e princípios de cada pessoa/família e isso deveria ser reconhecido em função do conteúdo do inciso VI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assegura esta inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.

---

<sup>225</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. Estado Democrático de Direito e as liberdades individuais: a legalização do aborto à luz do princípio da autodeterminação. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 58, p. 125-145 dez. 2013. p. 142. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34868>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As práticas abortivas voluntárias, apesar de serem tratadas como tabus e em diversos países serem tipificadas penalmente, são frequentes. Ou seja, sua criminalização não é capaz de evitar sua prática. Na realidade, o que se tem é que nos locais em que elas são criminalizadas existe, como consequência, um número maior de mulheres vítimas de formas clandestinas e perigosas de realização dos abortamentos.

Portanto, é natural que as normas que abordem o tema sejam questionadas. Nesse sentido, muitas vezes, os tribunais constitucionais são impelidos a apreciar a questão da constitucionalidade de tais normas. No entanto, a complexidade do tema torna a análise intrincada e suscetível a polêmicas.

Devido a isso, quando o debate a respeito do abortamento voluntário chega a uma Corte Constitucional ele pode ser considerado um *hard case*. Afinal, existe uma necessidade de complexa análise para ser possível apontar a solução adequada, uma vez que se torna necessária uma ponderação de princípios, não havendo uma solução simples e livre de discordância.

Dada essa complexidade para a solução de tais casos, faz-se necessária a adoção de um modelo decisório capaz de promover, de forma fundamentada, uma solução que se mostre adequada ao problema em debate. Nesse sentido, a proposta de uma leitura moral da Constituição, que Ronald Dworkin propõe por meio do integralismo jurídico, torna-se uma alternativa a ser analisada. Afinal, sua proposta possibilita um avanço na aplicação do Direito, sem que isso implique em insegurança jurídica.

Isso seria possível porque a decisão no integralismo jurídico está pautada em três pilares importantes, que são: ser fundamentada em princípios, ter aplicação vertical e ter aplicação horizontal. A fundamentação em princípios assegura que a decisão terá como norte os valores mais importantes da Constituição. Ademais, serve para garantir que a decisão esteja baseada na aplicação da justiça, uma vez que reconhece direitos individuais, ao invés de buscar soluções políticas para as questões em debate.

Já a aplicação vertical assegura uma conexão entre a decisão do caso em análise e o histórico de decisões. A finalidade é promover uma evolução coerente com o que vinha sendo decidido. Ou seja, serve para limitar o poder de inovação do

juiz, o que tem como finalidade estabelecer uma espécie de coerência ao sistema judiciário. No entanto, cabe ressaltar que o histórico não pode limitar a atualização do Direito, por isso, as ideias de aplicação vertical e fundamentação em princípios são complementares, no sentido de impedirem um simples continuísmo ou, por outro lado, a insegurança jurídica.

Por fim, a aplicação horizontal tem a finalidade de garantir que os princípios usados para fundamentar a decisão não tenham sido escolhidos de forma pontual, sem a perspectiva de serem aplicados em casos relacionados. Assim, seria possível evitar decisões de fundamentação descartável, o que ajudaria a assegurar maior segurança jurídica.

Nesse sentido, Dworkin definiu o papel do juiz como sendo o de um participante na construção coletiva do Direito. Sendo assim, em um *hard case* ele deve promover uma análise histórica do tema, tanto no campo da criação legislativa, quanto na área das decisões do judiciário que possuem relação com a questão em debate. A partir disso ele deve identificar os princípios envolvidos para conseguir promover uma decisão que esteja relacionada com a promoção de direitos individuais. Além disso, esse reconhecimento de direitos individuais deve estar pautado por uma coerência entre a análise do presente e as decisões pretéritas, assim como com a possibilidade de futuros enfrentamentos de temas próximos.

De acordo com Dworkin, um exemplo de aplicação desse modelo foi, justamente, a decisão do caso *Roe contra Wade*, em que a Suprema Corte estadunidense enfrentou o tema da inconstitucionalidade da proibição das práticas abortivas no estado do Texas. Essa decisão, que assumiu um papel paradigmático, levou em consideração um histórico de decisões que teve início no século XIX. Nessa perspectiva, o juiz Blackmun, que em seu voto proferiu o entendimento da Corte, mostrou como o direito à privacidade foi consolidado nos Estados Unidos da América. Na sequência, esse direito passou a fortalecer o direito à liberdade de escolha, que inicialmente estava relacionada com questões de educação, mas que com o tempo passou a ser aplicado às questões sexuais, promovendo o reconhecimento de um direito à privacidade e liberdade no campo contraceptivo. Assim, do reconhecimento de tais direitos, seria possível identificar, em função do direito à privacidade, um direito da mulher de decidir a respeito da manutenção ou não de uma gestação no período inicial da gravidez. Ou seja, durante os três

primeiros meses de gestação, por não apresentarem muitos riscos à mulher, ela deveria poder optar por práticas abortivas.

Essa análise do caso *Roe contra Wade*, serve para identificar a aplicação do integralismo jurídico, assim como mostrar sua importância para a tomada de decisão em um campo tão polêmico como o abortamento. Até porque, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal encontra-se em vias de decidir a respeito da constitucionalidade, ou não, da criminalização do abortamento voluntário durante o primeiro trimestre de gestação.

Destaca-se o fato de não se ignorar que o Brasil não adote o modelo do *Common Law*, em que o precedente assume papel central na atuação do julgador. No entanto, apesar da adoção do modelo do *Civil Law*, evidencia-se um fortalecimento do papel das decisões anteriores na fundamentação dos posicionamentos dos julgadores brasileiros. Ademais, assim como ocorre nos Estados Unidos da América, algumas decisões da Corte constitucional brasileira também produzem efeitos normativos, como são os casos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Como se isso não bastasse, os julgadores brasileiros, a exemplo do que ocorre com os estadunidenses, precisam estar preparados para preencher lacunas e obscuridades com base na aplicação de princípios constitucionais, o que permite concluir que o modelo proposto por Dworkin pode ser aplicado no Brasil.

Nesse sentido, é importante resgatar que a presente dissertação pretendeu, justamente, responder ao seguinte problema: com base na teoria do integralismo, a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação é (in)compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

A respeito dessa questão foram apresentadas na introdução as seguintes hipóteses: a) há, com base no integralismo, incompatibilidade entre a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação e o sistema jurídico brasileiro; b) não há, com base no integralismo, incompatibilidade entre a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação e o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que se mostrou correta a hipótese *b*, uma vez que a análise das decisões anteriores do STF a respeito da proteção da vida pré-natal apresenta argumentos que demonstram não haver incompatibilidade entre as práticas abortivas no primeiro trimestre de gestação e o ordenamento jurídico brasileiro.

Essa conclusão tem como base, inicialmente, os próprios textos legais, que não impossibilitam a permissão de práticas abortivas. Afinal, a Constituição não expressa uma tutela da vida desde à concepção, enquanto o Código Penal chega a definir casos de excludente de ilicitude. Ou seja, não haveria na literalidade dos textos legais um empecilho intransponível para a descriminalização das práticas abortivas voluntárias no primeiro trimestre de gestação. Ademais, o argumento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, asseguraria a tutela da vida desde a concepção perdeu sentido quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos relativizou tal entendimento.

Não havendo essa incompatibilidade evidente entre textos legais e a descriminalização do abortamento voluntário durante o primeiro trimestre de gestação, passa-se para a análise dos princípios norteadores da questão. Nesse sentido, não sendo o embrião, nem o feto em estágio inicial, uma pessoa constitucional, não haveria um conflito entre seu direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana da mulher. Sendo assim, a análise deve recair na possibilidade de reconhecimento de direitos individuais a partir dos princípios constitucionais envolvidos no caso.

Assim, levando em consideração as decisões proferidas para o *Habeas Corpus* 84.025, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, a Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental 54 e o *Habeas Corpus* 124.306, tem-se o reconhecimento de que o Direito deve adotar como critério para reconhecimento do início da vida o funcionamento cerebral, portanto, o feto em estágio inicial, assim como o embrião, não teria vida necessariamente tutelável pelo Direito. Além disso, tais decisões também consolidaram a importância da adoção de um posicionamento laico para o tratamento da vida pré-natal, assim como reconheceram diversos direitos que as mulheres têm e que estão fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, tem-se que a descriminalização do abortamento voluntário durante o primeiro trimestre de gestação estaria adequada com as três dimensões da integridade, portanto, passaria no teste de adequação. Afinal, tal decisão estaria pautada no reconhecimento de um direito individual de optar por dar fim a uma gestação indesejada, que teria como base os princípios da laicidade do Estado e da dignidade da pessoa humana. Como tal aplicação estaria respaldada pelas argumentações das decisões passadas, tem-se aí o respeito à aplicação vertical de



tais princípios. Ademais, dos onze ministros do STF, três (Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber) já anteciparam seu entendimento de que o abortamento voluntário deveria ser permitido durante o primeiro trimestre de gestação. Outros cinco (Carmen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Marco Aurélio) já expressaram, em diferentes medidas, a necessidade de respeitar-se o caráter laico do Estado, assim como de reconhecer-se direitos sexuais e reprodutivos às mulheres. Já o Ministro Ricardo Lewandowski, que foi o único a defender a necessidade de tutela da vida desde à concepção, assim o fazia em função da Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto, é possível que, em decorrência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos ele se veja forçado a rever seu posicionamento. Enquanto isso, os ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli não participaram de nenhuma das decisões aqui analisadas, motivo pelo qual não é possível verificar o posicionamento deles a respeito da questão.

De qualquer forma, verifica-se a existência de uma maioria entre os membros da Corte com tendência a reconhecer o entendimento de que não há incompatibilidade entre a legalização do abortamento voluntário no primeiro trimestre de gestação e o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que tal posicionamento resultaria de uma decisão que passaria no teste de justificação proposto por Dworkin, uma vez que estaria baseado no reconhecimento de direitos pessoais, tendo como foco a aplicação da justiça.

Destarte, é possível concluir que a adoção do modelo decisional proposto por Dworkin levaria o STF a concluir pela procedência da ADPF 442, reconhecendo a inconstitucionalidade da criminalização do abortamento voluntário durante o primeiro trimestre de gestação. Afinal de contas, tal criminalização atentaria contra a dignidade da pessoa humana das mulheres e os diversos direitos aí fundamentados, assim como contra o princípio da laicidade do Estado, que impediria a adoção de um padrão de sacralidade a ser adotado por todas as pessoas.

Assim, no caso brasileiro, o integralismo jurídico não só apontaria à solução considerada por Dworkin como correta, como também corrigiria um erro identificado por ele na decisão de *Roe contra Wade*. Isso porque, Dworkin criticou o fato de a Suprema Corte não ter fundamentado sua decisão no princípio da laicidade do Estado, presente na Primeira Emenda à Constituição. Enquanto isso, caso confirme-se a tendência a uma decisão pela procedência da ADPF 442, não há dúvidas de

que uma linha importante para sua justificação será a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença assegurada pelo inciso VI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que tal característica de nosso ordenamento jurídico foi mencionada de forma frequente nas argumentações dos votos aqui expostos.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. **Bioética Fundamental**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- BOLTANSKI, Luc. As dimensões antropológicas do aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 7, p. 205-245, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1907>>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. Trajetória Dogmática do Tipo de Aborto. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 7, n. 12, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/27/27>>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>.

Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 – Petição Inicial**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>.

Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Primeira Turma. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>.

Acesso em: 24 jul. 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26397>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 34, n. 67, p. 251-276, dez. 2013. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p251>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006.

DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. Da dor solitária e das lágrimas que não se mostra: a criminalização do aborto como punição da sexualidade da mulher. **Revista de Direito Brasileira**, v. 20, n. 8, p. 378-407, ago.

2018. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3972>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DYZENHAUS, David. The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Documento disponível para Kindle.

ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF, Raquel; TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Júnior. O caso Riggs vs. Palmer como um “modelo” adequado para decidir sobre os direitos fundamentais no panorama da constitucionalização do direito no Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 18, n. 2, p. 321-346, 31 ago. 2017. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9841>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1995.

LUCAS, Maria Jose Miranda; D'ARGEMIR, Dolores Comas. Discursos de profesionales de la salud y de mujeres sobre el aborto voluntario. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 38, p. 37-53, 2016. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n38/articulo2.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

LUNA, Naara. O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 24, n. 52, p. 165-197, dez. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832018000300165&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832018000300165&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**, n. 50, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n50/1809-4449-cpa-18094449201700500004.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 22, n. 2, p. 723-753, mai./ago. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993/pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MELLO, Luciana Ferreira; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Paralelo entre os Precedentes dos Estados Unidos – Análise da Decisão Roe versus Wade, e o Instituto da Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes no Brasil – Análise da Decisão Proferida pelo STF na ADPF n. 54. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, v. 16, n. 1, p. 221-238, 17 nov. 2014. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3739>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro**: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. 2013. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437\\_por.pdf?sequence=7](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 10, n. 2, p. 197-206, 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PINTO, Gerson Neves. Fundamentos Epistêmicos da ADPF 54. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado [ebook]. Nº 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Estado Democrático de Direito e as liberdades individuais: a legalização do aborto à luz do princípio da autodeterminação. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 58, p. 125-145 dez. 2013. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34868>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54 dignidade humana, liberdade individual e direito à saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.2, p. 577-598, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/465>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de; KOZICKI, Katya. Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 40, p. 39-73, fev. 2019.

Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13227/14702>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

RECKZIEGEL, Janaína; SILVA, Simone Tatiana da. Limites das intervenções fetais: uma análise ética e jurisprudencial. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 3, p. 98-118, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2485>>. Acesso em 24 jul. 2019.

RECKZIEGEL, Janaína; SOBRADO DE FREITAS, Riva. A autonomia decisória e os benefícios da clonagem terapêutica com células-tronco embrionárias: um estudo de caso – ADI n. 3.150. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 1, p. 331-350, 1 jun. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8622>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patrícia Grazziotini. Precedentes e Jurisprudência no Direito Brasileiro: uma Distinção Necessária a partir dos Sistemas Jurídicos de Common Law e Civil Law. **Rev. Fac. Direito UFMG**, n. 72, p. 23-52, jan./jul. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista//index.php/revista/article/view/1898/1800>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SEBASTIANI, Mario. El aborto como um bien social. **Revista Bioética y Derecho**, n. 43. p. 33-43, 2018. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20593>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Documento disponível para Kindle.

STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 18, n. 3, p. 763-776, 8 dez. 2017. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16270>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>>. Acesso em: 24 jul. 2019.



UNITED STATES OF AMERICA. **Amendment XIV**. Whashington D.C., 09 de julho de 1868. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Boyd v. United States, 116 U.S. 616**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de fevereiro de 1886. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Buck v. Bell, 274 U.S. 200**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 02 de maio de 1927. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de março de 1972. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de junho de 1965. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 20 de fevereiro de 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Katz v. United States, 389 U.S. 347**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 18 de dezembro de 1967. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Loving v. Virginia, 388 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 12 de junho de 1967. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho de 1923. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Olmstead v. United States, 277 U.S. 438**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 04 de junho de 1928. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 06 de dezembro de 1937. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de junho de 1925. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 31 de janeiro de 1944. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 1º de junho de 1942. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 07 de abril de 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Terry v. Ohio, 392 U.S. 1**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 10 de junho de 1968. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Union Pacific Railway Co. v. Botsford, 141 U.S. 250**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 25 de maio de 1891. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/141/250/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **United States v. Vuitch, 402 U.S. 62**. Inteiro Teor da Decisão. Washington D.C., 21 de abril de 1971. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/62/>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **The U.S. Bill of Rights**. Washington D.C., 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 24 de jul. de 2019.