

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-239-2

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria constitucional. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios?”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Com o título de “A (in)constitucionalidade do artigo 2º da Lei 12.352/2015 do Estado da Bahia em contrapartida ao que determina o artigo 236 da Constituição da República – o caso da ADI 4851/BA”, os autores Vivian Lacerda Moraes, Fernanda Netto Estanislau e Victor Vartuli Cordeiro e Silva analisam a compatibilidade ou não do dispositivo mencionado frente ao artigo 236 da Constituição, já que a Lei 12.352/2015 foi promulgada com o intuito de oficializar como notários e registradores pessoas que ocupavam esse cargo desde antes da promulgação da Constituição de 1988.

As autoras Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro, Camila Cavalcante Paiva e Antonia Georgelia Carvalho Frota investigam a possibilidade de despenalização do aborto no Brasil através da perspectiva da leitura moral apresentada por Ronald Dworkin no artigo intitulado “A leitura moral em Dworkin e o julgamento da ADPF 442: breves considerações sobre o pensamento de Dworkin e como este pode auxiliar na descriminalização do aborto no Brasil”.

Tiago Bruno Bruch aborda o “Controle de Constitucionalidade, Neoconstitucionalismo e Relativismo das Decisões Judiciais” em um estudo apresenta o modelo de garantismo jurídico como um contraponto a essa conjuntura, a partir de uma crítica à ampliação e abertura dos métodos interpretativos, rejeitando a fundamentação baseada nas convicções pessoais dos magistrados.

Em seguida, no artigo intitulado “Constitucionalismo e Tributação”, o autor Ricardo Ferreira Sacco analisa o aumento abusivo da carga tributária como sendo a principal causa que levou ao descontentamento e quebra da ordem legal na América Inglesa nos fins do século XVIII.

No estudo proposto por Bernardo Augusto da Costa Pereira no artigo “O Positivismo Jurisprudencial e a ampliação do uso de técnicas baseadas em Precedentes Judiciais: Reflexo Neoconstitucionalista” analisa acerca do desenvolvimento da doutrina constitucional no século XX, tratando acerca do positivismo jurídico, positivismo sociológico e positivismo jurisprudencial. Estuda o momento atual da teoria constitucional no Brasil e a nova postura do Judiciário frente ao neoconstitucionalismo, o qual se apresenta também através da judicialização de políticas e do maior ativismo judicial.

Em “Do Constitucionalismo Garantista a uma nova abordagem para a Judicialização da Política” de Sérgio Urquhart de Cademartori e Lucas Bortolini Kuhn propõem em seu artigo articular um novo ângulo de abordagem, tendo como espinha dorsal o constitucionalismo garantista, utilizando noções teóricas como a divisão do poder em funções de governo e garantia, bem como a conexão destas noções aos direitos fundamentais.

Com o título “A prioridade absoluta da criança diante da Reserva do Possível: considerações sobre o controle judicial” os autores Paulo Roberto Braga Junior e Ednilson Donisete Machado questionam como se dá a relação entre a prioridade absoluta diante da alegação da reserva do possível, concluindo que ao se invocar a reserva do possível, o Poder Público demonstra desconsideração à prioridade absoluta na elaboração dos orçamentos públicos, o que não deve ser aceito em sede de controle judicial.

Lucas Emanuel Ricci Dantas e Renato Bernardi tratam do tema “COVID-19 e a pessoa com deficiência asilada: a consagração do estado de coisas inconstitucional”.

“Uma análise teórica das medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia do COVID-19 no Brasil: quem decide, como decide e por quê?”, os autores Natan Figueredo Oliveira e Juraci Mourão Lopes Filho abordam o modelo constitucional do federalismo cooperativo e a atuação estatal no suporte fático do direito à saúde como solução e examinam decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para fixar medidas sanitárias que confirmam a solução proposta para o conflito.

Por fim, o texto “Projetos de iniciativa do Poder Legislativo à luz do Recurso Extraordinário nº 878.911-RJ” de Pablo Enrique Carneiro Baldivieso e Saul Carneiro Baldivieso analisa a possibilidade de criação de projetos de Lei de iniciativa parlamentar, que geram despesa ao

poder Executivo, especificamente em função da decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no RE 878.911-RJ, Tema 917.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: O artigo intitulado “COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA: A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONTISTUCIONAL” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da UENP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A LEITURA MORAL EM DWORKIN E O JULGAMENTO DA ADPF 442: BREVES
CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO DE DWORKIN E COMO ESTE
PODE AUXILIAR NA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL**

**MORAL READING IN DWORKIN AND THE JUDGMENT OF ADPF 442: BRIEF
CONSIDERATIONS ABOUT DWORKIN'S THOUGHT AND HOW IT MAY ASSIST
IN DECRIMINALIZING ABORTION IN BRAZIL**

Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro ¹

Camila Cavalcante Paiva ²

Antonia Georgelia Carvalho Frota ³

Resumo

O presente artigo visa investigar a possibilidade de despenalização do aborto no Brasil através da perspectiva da leitura moral apresentada por Ronald Dworkin. Questiona-se se através da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal em relação ao que fora decidido na ADI 3510 e na ADPF 54, poderá este ofertar resposta afirmativa quanto à descriminalização do aborto quando do enfrentamento da ADPF 442. Sob esse viés, também se analisa se o STF ao exercer função de intérprete que lhe é atribuída pela Constituição Federal, ao discutir sobre a despenalização do crime de aborto, estaria usurpando a competência do legislativo.

Palavras-chave: Leitura moral da constituição, Adpf 442, Descriminalização do aborto

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate the possibility of decriminalizing abortion in Brazil through the perspective of moral reading presented by Dworkin. It is questioned whether through the interpretative activity of the Supreme Federal Court in relation to what was decided in ADI 3510 and ADPF 54, can this offer an affirmative answer regarding the decriminalization of abortion when confronting ADPF. Under this perspective, it is also analyzed if the STF, when acting as an interpreter assigned to it by the Federal Constitution, when discussing the decriminalization of the crime of abortion, it would be usurping the competence of the legislature.

¹ MESTRANDA EM PROCESSO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS (UNICHRISTUS). BACHARELA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR). ADVOGADA E-MAIL: ingridbaratta@globo.com

² MESTRANDA EM PROCESSO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS (UNICHRISTUS). BACHARELA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR). ADVOGADA E-MAIL: camilacavalcantepaiva@gmail.com

³ MESTRANDA EM PROCESSO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS (UNICHRISTUS). BACHARELA EM DIREITO PELA FACULDADE LUCIANO FEIJÃO. ADVOGADA E-MAIL: georgeliafc@hotmail.com

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral reading of the constitution, Adpf 442, Abortion decriminalization

1. Introdução

Em 2018 foi protocolado no Supremo Tribunal Federal a ADPF 442 dando início ao trâmite sobre a possibilidade de despenalização do aborto até a 12ª semana de gestação, aventando mais uma hipótese de aborto lícito.

A discussão do tema aborto e o debate sobre a descriminalização deste no âmbito do Supremo Tribunal Federal em todo tempo foi cercado de críticas e alvo de polêmicas por tocar em pontos sensíveis do direito, crenças religiosas e por contrariar a vontade da maioria.

A leitura moral de Ronald Dworkin fala sobre o papel que concerne ao judiciário quanto à forma de ler e interpretar uma constituição política, explicando o que compete ao juiz em relação à sua atividade judicante e o que ele pode fazer a partir desta atribuição.

Nesse sentido, Dworkin defende que o responsável por extrair da constituição o real sentido de normas de textura aberta, de acordo com o constitucionalmente preceituado, particularmente quando da resolução de *hard cases* compete aos juízes e em última instância aos juízes da Suprema Corte. No Brasil não é diferente e essa competência foi atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos magistrados e em última instância aos juízes do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, quando da confrontação da ADPF 442 pelo STF este deverá solucionar a questão à luz dos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos à mulher, observando argumentos já despendidos em relação às decisões proferidas na ADI 3510 e na ADPF 54.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal ao efetivar todas as potencialidades da Constituição Federal de 1988, despenalizando o aborto até a 12ª semana de gravidez, estaria usurpando as competências do Poder Legislativo ou estaria exercendo papel contramajoritário dando cumprimento aos direitos já constitucionalizados da mulher?

Em análise objetiva este artigo busca responder esses questionamentos fazendo algumas considerações em relação ao pensamento de Dworkin e como através de um correto método de interpretação da Constituição Federal o Pretório Excelso poderá implementar direitos já constitucionalmente reconhecidos à mulher, promovendo a descriminalização do aborto na ADPF 442.

2. A leitura moral em Dworkin e o caso *Roe vs. Wade*

Entende-se por leitura moral um conceito concebido por Ronald Dworkin, jusfilósofo estadunidense, que consiste num método de interpretar uma constituição, especialmente no que tange normas abertas, cuja correta leitura pode auxiliar na solução de *hard cases*. Nos Estados Unidos da América a responsabilidade de interpretar a Constituição Americana fora conferida aos juízes e em última instância aos juízes da Suprema Corte.

O Direito pátrio em muito se assemelha ao Direito norte-americano já que cabe ao Poder Judiciário, por meio de seus magistrados e em última instância ao Supremo Tribunal Federal, interpretar e dar a última palavra em relação a casos complexos levados a seu conhecimento. A Constituição Federal de 1988 conferiu essa incumbência ao judiciário brasileiro.

A leitura moral para Dworkin é um método particular de ler e executar uma constituição política. Tendo em vista que a maior parte das constituições modernas trata dos direitos fundamentais dos indivíduos de modo amplo e abstrato, necessário é que juízes, advogados e cidadãos interpretem e apliquem estes dispositivos considerando que os mesmos fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (DWORKIN, 2006, p. 2)

A leitura moral incorpora ao interior do direito constitucional a moralidade política, porém esta moralidade é essencialmente indeterminada e conflituosa. Dessa forma, o sistema de governo que possui princípios amplos e abstratos, deve determinar quem será responsável pela sua interpretação e compreensão. (DWORKIN, 2006, p. 2)

O sistema de governo norte-americano contemporâneo entende que essa responsabilidade deve ser dada aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Embasados nesse entendimento que o ordenamento jurídico americano impõe, os críticos da leitura moral afirmam que os juízes obtêm, dessa forma, poderes absolutos para impor as suas convicções. (DWORKIN, 2006, p. 3)

Há a alegação de que inúmeros direitos constitucionais identificados pela Suprema Corte nas últimas décadas na verdade não estariam enumerados na Constituição, mas teriam sido criados pelos próprios magistrados, como por exemplo, o direito ao aborto. (DWORKIN, 2006, p. 1)

Para Dworkin a diferenciação entre direitos enumerados e direitos não enumerados é irrisória, embora reconheça que a categorização algumas vezes possui certo relevo na resolução de questões específicas. Dentre os estudiosos, alguns afirmam que na obtenção de respostas capazes de solucionar estas questões deve-se trabalhar em termos de referência semântica. Dworkin discorda determinando que a aplicabilidade de princípios abstratos de moralidade política, insertos na *Bill of Rights*, que tratam de direitos individuais constitucionais, a contextos políticos controvertidos individuais não se faz por referência semântica (*reference*) e sim por interpretação. (DWORKIN, 1992, p. 387)

Dando seguimento ao raciocínio acima exposto DWORKIN (1992, p. 386) afirma que:

Constitutional lawyers use "unenumerated rights" as a collective name for a particular set of recognized or controversial constitutional rights, including the right of travel; the right of association; and the right to privacy from which the right to an abortion, if there is such a right, derives. They regard this classification as marking an important structural distinction, as the terms "enumerated" and "unenumerated" obviously suggest. If the Bill of Rights only enumerates some of the rights necessary to a society of equal concern and basic liberty, and leaves other such rights unmentioned, then judges arguably have only the power to enforce the rights actually enumerated.

O raciocínio acima exposto denota o entendimento arcaico de que a função do juiz deveria resumir-se a ser a boca da lei, traduzindo-se num positivismo jurídico ultrapassado em que as normas editadas pelo legislativo não poderiam através da interpretação dialogar com as transmutações do tempo e da sociedade.

Em consequência desse imbróglio é que até os dias de hoje se discute sobre os poderes conferidos à função judicante em relação aos limites a que o magistrado deveria estar submetido no seu processo de interpretação da lei. Fato é que o juiz não mais pode ser considerado meramente um reproduzidor da letra da lei e esta deve reproduzir o sentimento da sociedade não somente no momento em que fora produzida bem como deve haver uma conexão entre este tempo e o desenvolvimento da comunidade.

No que se refere às críticas existentes à leitura moral da constituição, sobre juízes deterem poderes acima dos legalmente aceitáveis, estas são desarrazoadas, já que esta forma de ler e executar não seria algo novo, visto que os juízes norte-americanos, na utilização de qualquer estratégia a interpretativa, já se utilizam da leitura moral. (DWORKIN, 2006, p. 3)

Diante desse cenário, fica claro que a leitura moral não pode ser reputada por revolucionária, já que advogados e juízes diuturnamente se utilizam deste expediente entendendo que a Constituição exprime exigências morais abstratas que só podem ser empregadas em casos concretos a partir de juízos morais específicos. (DWORKIN, 2006, p. 4)

A leitura moral não é em essência nem liberal e nem conservadora, e apesar disso a teoria constitucional dos Estados Unidos da América nega a leitura moral da Constituição, ainda que esta seja prática corrente nos tribunais deste país. Conseqüentemente, esse paradoxo entre a prática e a reputação da leitura moral teve dramáticos resultados na política. (DWORKIN, 2006, p. 5-6)

Outra problemática observável não somente no direito estadunidense assim como no direito brasileiro é a que se desdobra diante da função interpretativa do juiz: a politização da justiça. Não raramente se diz que os magistrados ao tomarem decisão “a” ou “b” estariam fazendo interpretações com o objetivo de favorecer um ou outro grupo ideológico, fazendo com que o *locus* do debate cambie do legislativo para o judiciário.

É permanente a confusão originada entre políticos e os juízes que estes indicam objetivando a satisfação de sua autoridade e a “não intervenção” na Constituição. Ocorre que, na práxis diária, no enfrentamento de questões levadas ao conhecimento dos juízes, este raciocínio não exprime de modo acertado as escolhas com que os juízes têm de se deparar. (DWORKIN, 2006, p. 7)

Em razão dos políticos norte-americanos escolherem a composição de sua Suprema Corte alinhada aos seus ideais costumeiramente estes se decepcionam. Cite-se como exemplo as nomeações feitas por Dwight Eisenhower, 34º presidente dos EUA, condenando o que ele nominou de “ativismo judicial”. Este observou que na constância de seu mandato cometeu dois erros e que ambos encontravam-se na Suprema Corte americana. Ele se referia a Earl Warren que, a despeito de pertencer ao Partido Republicano, foi responsável por um dos períodos mais “ativistas” da história da Corte, e também ao juiz William Brennan que se tornou um entusiasta da leitura moral da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 7)

No Brasil observa-se o mesmo raciocínio. Os políticos brasileiros, em especial na figura do chefe do executivo, quando da indicação à composição do Supremo Tribunal Federal, acabam por anunciar pessoas que coadunem com a sua postura e

ideologia. Acusam o judiciário incontáveis vezes de, na sua função interpretativa, estarem seus membros inovando o direito. Utilizam-se dessa narrativa e do discurso de que o judiciário não representa a vontade da maioria a não ser que a interpretação esteja alinhada às posições ideológicas do governo. Conseqüentemente, neste último exemplo, por óbvio, não há nenhum pronunciamento contrário ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

O papel da atividade interpretativa do magistrado é sobremaneira mais sério e relevante que os posicionamentos ideológicos de um dado governo momentâneo, não importando se este é liberal ou conservador. Ao juiz cabe extrair do texto constitucional resposta eficaz que exprima o sentimento de uma comunidade em desenvolvimento e efetive o alcance da pacificação social. Nesse sentido, juízes estão sempre a surpreender os governantes que os indicaram quando invés de obedecer a determinadas ideologias políticas fazem emergir direitos que a Constituição impõe através de seus princípios.

Os EUA possui esta mesma similaridade ocorrente no Brasil. No momento que Ronald Reagan e George Bush indicaram os sucessores da Suprema Corte surpreenderam-se negativamente com os resultados e assim utilizaram a narrativa de “usurpação” dos privilégios do povo pela Corte máxima daquele país. Estes declararam que só indicariam juízes que não fossem contrários à “vontade popular”, bem como aqueles que ficassem responsáveis pela reversão da decisão do caso *Roe vs. Wade* que tratou da legalização do aborto nos EUA em 1973. Ocorre que três de seus indicados decidiram não só pela confirmação da decisão dada ao caso *Roe vs. Wade*, bem como ofereceram novos fundamentos jurídicos que expressavam ainda mais a leitura moral da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 7)

O caso *Roe vs. Wade* surgiu em 1970 por meio da representação de Norma L. McCorvey – “Jane Roe” – pelas advogadas Linda Coffee e Sarah Weddington. Na ocasião argumentaram que a gravidez de Roe era fruto de uma violação. Representando o Estado do Texas, Henry Wade se opunha a legalização do aborto. No entanto, o Tribunal do Distrito do Condado do Texas decidiu a favor de Roe, mas recusou-se a modificar a legislação para efetivar a legalização do aborto.¹

¹ Full Text of Roe v. Wade Decision U.S Supreme Court ROE V. WADE, 410 U.S., 113 (January 22, 1973). 410 U.S 133 Roe et al. versus Wade, District Attornee of Dallas Country, Appel from the United States District Court for the Northern District of Texas, nº 78-18. Argued December 13. 1971 Reargued October 11, 1972 – Decided January 22, 1973.
Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>

Após sucessivas apelações o caso chegou até à Suprema Corte dos Estados Unidos e por fim decidiu em 1973, que a mulher acobertada pelo direito à privacidade – sob a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda – tinha o poder de decidir sobre levar ou não a gravidez a termo. O direito à privacidade é considerado um direito fundamental sob a guarida da Constituição norte-americana, por isso nenhum dos Estados poderia legislar de modo contrário a esse direito.¹

Essa decisão fora considerada histórica em matéria de aborto, já que a maior parte das leis contrárias ao aborto, de acordo com o juiz responsável pelo relatório final da decisão Harry Blackmun, violavam o direito constitucional à privacidade. A decisão obrigou a modificação da totalidade das leis federais e estaduais que vedavam ou restringiam o aborto ou eram contrárias à decisão. A decisão da Suprema Corte foi interpretada como a primeira despenalização do aborto para os 50 Estados da União.¹

Dworkin (1992, p. 395) considera que toda mulher tem o direito constitucionalmente protegido de controlar o uso do próprio corpo. Nesse sentido, toda mulher grávida possui o direito ao aborto a não ser que o Estado possua uma razão legítima e relevante para obstá-lo.

Por vezes a razão legítima levantada é atrelada à proteção da vida como um valor intrínseco ou em razão do feto possuir direitos e interesses, identificando-se assim dois tipos de reivindicações: as derivadas ou as desanexadas. Na reivindicação derivada pressupõe-se que o feto já possua direitos e interesses, já na desanexada o valor da vida humana já está em jogo na vida do feto. Porém esse raciocínio é condutor da ambiguidade e nenhum deles revela quando se inicia a vida humana, se o feto é uma pessoa e se os estados podem validar o discurso anti-aborto centrados em uma das reivindicações mencionadas. (DWORKIN, 1992, p. 397-398)

3. Direitos de personalidade e início da vida: algumas considerações em torno do pensamento de Dworkin e do raciocínio exposto na ADI 3510 e na ADPF 54

Deslindando os questionamentos propostos nas linhas anteriores, seria o feto uma pessoa dotada de personalidade? Seria ele uma pessoa? A partir de qual momento? O Estado pode obstar uma mulher de praticar aborto baseado nas respostas a esses questionamentos?

A Constituição dos EUA define quem seriam as chamadas “pessoas constitucionais” que detém direitos constitucionalmente protegidos que o governo deve

resguardar e cumprir. Essa pessoa constitucional é aquela que o Estado pode restringir ou limitar, caso o escopo de direitos constitucionais entre em conflito com o de terceiros. Portanto, os estados teriam uma razão derivada para inibir o aborto caso houvesse a constitucionalização do feto como pessoa, com direitos constitucionais competitivos com os direitos de uma mulher grávida. No caso *Roe vs. Wade* a Suprema Corte norte-americana respondeu a esse questionamento de modo negativo, ou seja, a Constituição estadunidense não declara o feto como uma pessoa constitucional capaz de competir com os direitos de uma mulher grávida. (DWORKIN, 1992, p. 398)

No ordenamento jurídico brasileiro o início dos direitos de personalidade orbita entre duas teorias: a natalista e a concepcionista. O art. 2º do Código Civil afirma que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

No entendimento de GONÇALVES (2015, p. 100) a doutrina tradicional afirma que o direito positivo adotou quanto ao início dos direitos de personalidade a teoria natalista, já que se exige o nascimento com vida para a fruição destes direitos. Ficam resguardados os direitos do nascituro e após o nascimento com vida, em relação aos seus interesses, sua existência retroage à concepção.

No entanto, TARTUCE (2012, p. 72) afirma que a teoria concepcionista é aquela que sustenta ser o nascituro pessoa humana com direitos resguardados por lei. Conclui que esta é a teoria que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos, estabelecendo que o nascituro tem direitos reconhecidos desde a sua concepção. Ressalta que a conclusão por esta teoria defluiu do Enunciado n. 1 do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que enuncia os direitos do natimorto asseverando que a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.

O Supremo Tribunal Federal não possui um posicionamento definido quanto a questão, porém, no deslinde da ADI 3510, prevaleceu, por decisão apertada (6x5), o entendimento do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em que declarou que “as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil”, acrescentando que “a Constituição Federal, quando se refere à dignidade da pessoa humana (art.1º, III), aos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b), ao livre exercício dos direitos individuais

(art. 85, III) e aos direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV), estaria se referindo a direitos e garantias do indivíduo-pessoa”. (GONÇALVES, 2015, p. 106)

Pode-se afirmar que, diante desses conceitos, a forma como o Direito norte-americano concebe os direitos de personalidade do nascituro guarda alguma semelhança com o Direito brasileiro. Os estados que compõem a União podem legislar sobre quais direitos poderiam ser abarcados pelo feto caso ele nasça com vida. Podem legislar sobre qual seria o início da vida e em que momento o feto poderia se tornar uma pessoa constitucional para proteger direitos patrimoniais, entre outros, que este poderá fruir com o nascimento. No entanto, a legislação estadual não poderia se sobrepor à Constituição estadunidense e a decisão da Suprema Corte quanto ao conceito de pessoa constitucional a fim de obstar o aborto quando em conflito com os direitos constitucionais já reconhecidos da mulher grávida. (DWORKIN, 1992, p. 399-402)

Sob outro viés, adentrando mais especificamente nos conceitos do início da vida, pode-se discutir sobre o interessante diálogo promovido pela ADI 3510 que tratou da possibilidade de se promover pesquisas científicas com células tronco-embrionárias. No debate travado na referida ADI o cerne da questão era saber se a prática violava ou não o direito à vida. Buscava-se exclusivamente a melhor interpretação sobre a compatibilidade do direito à vida.

Na oportunidade a Corte julgou totalmente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança, permitindo a regulamentação das pesquisas científicas com embriões humanos provenientes da fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados a mais de três anos.

Visando uma melhor compreensão do que fora decidido pela Corte, transcreve-se abaixo um trecho da decisão:

“(…) a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes e cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, “O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica”); c) que se

trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido *in vitro*, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;(...)” (STF, 2008, online)

O Ministro Ayres Britto, relator da ação, votou no sentido de que não incidia a hipótese de violação do direito à vida, bem como não existia ofensa à dignidade da pessoa humana. Sustentou que para que haja de fato uma vida humana é necessário que o embrião esteja anexo ao útero humano. O início da vida, portanto, pressupõe a concepção intrauterina. Para ele o zigoto é a fase inicial do embrião, a célula-ovo ou célula-mãe, no entanto, difere da pessoa natural, porquanto não há um cérebro formado. Ressaltou também o espírito de sociedade fraternal aventado pela Constituição Federal na defesa do uso das células-tronco na pesquisa científica com o propósito de curar enfermidades. Igualmente, referiu-se aos artigos 196 e 200 da Constituição Federal de 1988 que versam sobre o direito à saúde e a imperiosidade do Estado assegurá-la com o objetivo de tratar doenças. (STF, 2008, online)

Embasou seu voto nos artigos da Constituição Federal que tratam do direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, tendo seu voto prevalecido, julgando a Corte a ADI 3510 totalmente improcedente, por seis votos a cinco.

Outro importante debate sobre o início da vida ocorreu quando do julgamento da ADPF nº 54. Na oportunidade, o STF julgou procedente a ADPF 54 para declarar a inconstitucionalidade da interpretação cuja interrupção da gravidez em casos de anencefalia seria considerado aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal.

Questionamentos primordiais a serem respondidos quando do julgamento desta ADPF foram os levantados pelo Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, segundo o qual seria se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia estaria de acordo com o que preceitua a Constituição Federal, particularmente com aqueles dispositivos que garantem o Estado Laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, privacidade e

da saúde. Entendeu o relator que inquestionavelmente a tipificação penal da interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo não coadunava com a Constituição e as demais garantias por ela preceituadas.

Em busca de uma maior clareza acerca dos fundamentos explicitados pelo Ministro Relator, extraem-se alguns excertos de seu voto, citando-os abaixo:

“(…) Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, lembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

(…) Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. 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. A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz.” (STF, 2005, online)

Pois bem, muito embora o Brasil não seja um país cuja sua sociedade seja desprovida de crenças religiosas e o mesmo também não se configure ateu, nosso ordenamento jurídico-constitucional prevê que o Estado é Laico. Nesse sentido, a separação entre igreja e Estado fora mencionada no voto do Relator segundo o qual a Constituição Federal de 1988 não apenas garantiu a liberdade religiosa (art. 5º, VI), bem como consignou a laicidade do Estado (art. 19, I). Salientou o ministro que a questão enfrentada no processo não poderia ser examinada sob orientações de cunho meramente moral ou religioso. (STF, 2005, online)

Analisando a temática através da lógica de proteção irrestrita à vida, ressalte-se que no caso do feto anencéfalo não há vida potencial a ser protegida, já que o ser assemelha-se àquele em estado vegetativo, estando ausentes a consciência e a dor, por completo defeito no tubo neural, não presentes a calota craniana e parte do encéfalo. (STF, 2005, online)

Aplicando uma analogia sobre o que discute Dworkin em relação ao argumento de um valor intrínseco à vida a fim de obstaculizar o aborto, tanto no ordenamento jurídico norte-americano quanto no brasileiro pode-se afirmar que este raciocínio não se sustenta por acabar atropelando direitos constitucionalmente garantidos à mulher que é detentora de direitos já constitucionalmente reconhecidos.

Em relação à existência da vida no caso de feto portador de anencefalia, o diagnóstico é preciso em determinar que não há potencial para que este se torne pessoa humana. Ainda que se considere um ser biologicamente vivo, visto que é constituído por células e tecidos vivos, é este considerado juridicamente morto. Dessa forma, a interrupção da gravidez não configuraria crime contra a vida, relevando-se conduta atípica. (STF, 2005, online)

Se de um lado estamos diante da proteção irrestrita da vida de outro estamos diante do atropelamento dos direitos fundamentais humanos da mulher. Não há razão em se violar estes direitos fundamentais em face de uma vida que não possui viabilidade. De um lado estaria o direito fundamental à vida e de outro lado os direitos fundamentais de inviolabilidade à intimidade e a vida privada, à dignidade da pessoa humana, à saúde, direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia privada, etc.

Encontramo-nos diante de uma colisão aparente de direitos fundamentais, e na sua suposta ponderação não haveria vida a ser protegida, já que a vida extrauterina é inviável. Estar-se-ia de frente a uma defesa do direito irrestrito à vida em face de todos os outros direitos fundamentais e humanos pertinentes à mulher, sobretudo os direitos à dignidade da pessoa humana e à saúde, compreendida aí a saúde mental. Não é razoável superpor inflexível direito à vida em contraposição a todos os demais direitos concernentes à mulher que seria relegada tão somente a condição de incubadora, desprezada sua condição psíquica.

4. A tramitação da ADPF 442 no STF e a possibilidade de descriminalização do aborto no Brasil

A partir dos argumentos acima despendidos e da recente propositura da ADPF 442 no âmbito do Supremo Tribunal Federal poder-se-ia indagar se, no que concerne a interpretação do ordenamento jurídico pátrio, encontrar-se-iam respostas obsoletas quando do enfrentamento do tema aborto se comparado às respostas ofertadas por outros países quanto aos direitos humanos constitucionalizados das mulheres.

A ADPF 442 ajuizada pelo PSOL quando da exposição de seus argumentos defendeu que o aborto, quer seja ele induzido ou voluntário, desde que efetuado nas primeiras 12 semanas de gestação deveria ser considerado lícito de acordo com os direitos fundamentais que garantem à mulher a dignidade, liberdade, igualdade, cidadania, o direito à saúde, ao planejamento familiar, à razoabilidade, à proporcionalidade, entre outros direitos constitucionalizados que tangenciam os direitos humanos da mulher. Postulou-se a procedência da ação, com a recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para que se insira nova hipótese permissiva de aborto além das já existentes.

De acordo com os direitos humanos da mulher constitucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro e sob a perspectiva da função interpretativa do poder judiciário, particularmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, seria o mesmo competente para ofertar uma resposta final quanto à descriminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação?

Antes de responder esse questionamento é indispensável dialogar sobre algumas definições já apresentadas pelo STF quando ao início da vida. Na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3510 o Ministro Ayres Britto acabou por formular conceito sobre o que seria o início da vida, afirmando que para haver vida esta deveria ser intrauterina. No entanto, desenvolveu o raciocínio explicando que o zigoto seria a fase inicial do embrião ou uma célula-ovo que não igualava a pessoa natural, visto que desprovido de cérebro formado. Já que o feto em sua fase inicial não pode ser equiparado à pessoa natural por que ausente o desenvolvimento cerebral, os direitos deste feto poderiam competir com os da mãe que já é pessoa dotada de personalidade jurídica com direitos constitucionalmente garantidos? Se tomarmos como parâmetro o decidido pela Suprema Corte dos EUA de acordo com o ordenamento jurídico vigente naquele país a

resposta seria inequivocamente negativa, tendo em vista o feto não ser considerado pessoa constitucional e não estar apto a competir com direitos constitucionais já reconhecidos à mulher gestante.

Os direitos do nascituro podem ser protegidos de acordo tanto com o ordenamento jurídico brasileiro quando com o estadunidense. Ambos os países possuem legislação protetiva daqueles que tem expectativa de direitos que serão fruídas a partir do nascimento com vida. No entanto, não comporta proporcionalidade que direitos de quem possui mera expectativa, que podem vir ou não a tornarem-se efetivos direitos, a depender do nascimento com vida ou não, se sobreponham a direitos que não são fruto de expectativa porque já declarados e sujeitos à plena fruição.

Nos EUA os estados podem proteger os interesses das “não-pessoas”. Entretanto, estranha-se que um estado possa apelar para inviabilizar um direito constitucional garantido à mulher: o direito desta controlar o próprio corpo. Este direito só poderia ser restringido caso estivesse competido com os direitos de outras pessoas constitucionais ou por meio de razões convincentes. (DWORKIN, 1992, p. 402)

Os fundamentos despendidos na análise da ADPF nº 54 e as definições ali insertas são sobretudo relevantes para o entendimento do início da vida de acordo com o arranjo constitucional brasileiro. No enfrentamento da questão trazida por meio da ADPF 54 argumentou-se que no caso de anencefalia não havia vida a ser protegida, dado que o feto em formação apresentava defeito no tubo neural, com ausência da calota craniana e parte do encéfalo, tornando a vida inviável. Pode-se concluir, portanto, que para a existência ou início da vida deve haver o desenvolvimento cerebral completo, o que inexistente em fetos com menos de 26 semanas.

Poder-se-ia alegar que o feto poderia sentir alguma espécie de dor quando da execução do aborto. Decerto que os seres vivos são capazes de sentir dor e obviamente há interesse em se evitar isso, no entanto, o feto não poderá sentir dor até o final da gestação, já que até os cientistas mais conservadores negam que o cérebro esteja suficientemente desenvolvido para sentir dor até aproximadamente a vigésima sexta semana de gravidez. (DWORKIN, 1992, p. 403)

Quanto à proteção dos interesses do feto ou dos direitos do nascituro este não chegaria a alcançar esta expectativa de direitos antes dos terceiro trimestre de gestação,

quando poderia atingir a viabilidade fora do útero materno. Nesse sentido “nem tudo o que pode ser destruído tem interesse em ser destruído”. Os interesses surgiriam a partir do momento em que o feto adquirisse alguma forma de consciência – “alguma mental como a vida física”. (DWORKIN, 1992, p. 402)

Em relação à existência de um “valor intrínseco à vida”, notoriamente fruto de crenças espirituais e religiosas, haveria a possibilidade de se aventar um direito irrestrito à existência da vida em face de todos os direitos constitucionalmente reconhecidos à mulher no ordenamento jurídico brasileiro?

O Ministro Celso de Mello respondeu esse questionamento no bojo da ADPF 54 quando afirmou a laicidade do Estado sustentando que “ações de cunho meramente imoral não merecem a glosa do Direito Penal”. Esse entendimento é de suma importância para que o aborto não possa ser proibido meramente por argumentos de origem moral e/ou religiosa onde o sentimento de terceiros sobre determinada questão possa ser capaz de restringir direitos eminentemente individuais. Imperioso é que as questões de Direito sejam sempre solucionadas com a razão e de acordo com o arranjo constitucional estabelecido, apartado mero moralismo religioso.

O direito “a um valor intrínseco à vida” não deve ser preservado a qualquer custo em prejuízo a todos os direitos humanos constitucionalmente garantidos à mulher, sobretudo os que se referem à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

Por fim não se pode obstar o pleno domínio sobre os direitos reprodutivos das mulheres. Este é um direito cuja sociedade brasileira tem a tendência de negar a mulher fazendo com que a igualdade material de gêneros não seja alcançada. Por outro lado há permissibilidades que verdadeiro paradoxo quanto à restrição desses direitos. Já que a mulher não pode ter pleno domínio sobre seus direitos reprodutivos porque então é permitido o uso de anticoncepcionais já que alguns argumentos de cunho religioso entendem que estar-se-ia obstando possibilidade de existência de novas vidas? Porque então na ADI 3510 não se obrigou a mulher a implantar todos os embriões viáveis, deixando para o casal a escolha de implantá-los ou não? Não parece lógica a restrição do pleno domínio dos direitos reprodutivos da mulher quando os intérpretes da Constituição fundamentam as respostas ofertadas à sociedade em sentido contrário.

No direito estadunidense, o juiz Brennan posicionando-se pelo Tribunal, afirmou que “se o direito à privacidade significa alguma coisa, é direito do indivíduo, casado ou não, estar livre de intrusões governamentais em assuntos tão fundamentais como a decisão de suportar ou gerar uma criança”. Esse é o ponto. Cabe ao casal ou ao indivíduo decidir sobre direitos concernentes a eles mesmos sem que haja a intromissão do Estado. (DWORKIN, 1992, p. 416)

E afinal, o Supremo Tribunal Federal é competente para decidir sobre a descriminalização do aborto ou não? Estaria a Corte usurpando competências que não lhe foram conferidas, promovendo debates que deveriam ser discutidos no âmbito do legislativo?

Cumprе destacar que é o judiciário legítimo intérprete dos mandamentos constitucionais e como tal detém o poder de identificar os conteúdos valorativos ali tutelados. (HABERMAS, 1997, p.316-317)

De acordo com a leitura moral proposta por Dworkin os juízes têm sua função perfeitamente encaixada quando suas convicções individuais estão de acordo com a legislação em que a constitucionalidade está sendo analisada – quando, no exemplo retrocitado, o juiz admite moralmente que a maior parte da população tem razão quanto a tornar o aborto um crime. (DWORKIN, 2006, p. 8)

Entretanto, é possível que haja uma mudança de paradigma, de um padrão anteriormente imposto pela maioria e assim aceito, quando na leitura moral da Constituição as convicções pessoais do juiz sejam postas à prova e modificadas por meio do diálogo, inclinando-se este num sentido oposto, visto que para garantir a Constituição o juiz pode entender que a maioria da população não pode ter o que quer. (DWORKIN, 2006, p. 8)

Não obstante os integrantes do poder judiciário não ser eleitos, legítima é a função de interpretar a Constituição Federal, atividade esta atribuída aos juízes pela própria Carta Magna. Em relação ao poder judiciário em algumas decisões não possuem legitimidade por não representar a vontade da maioria, cumpre destacar que em uma democracia moderna o judiciário deve ofertar resposta contrária a essa maioria para garantir direitos de uma minoria, sob pena dessas minorias não estarem representadas pela democracia e serem esmagadas pela dita vontade da maioria.

Ainda que não eleito, o poder que o juiz exerce é representativo – emana do povo e em seu nome deverá ser exercido – e nesse sentido, a função judicante deverá estar de acordo com o sentimento da comunidade. Porém, os magistrados não podem ser populistas, e em obediência ao que a própria Constituição Federal preceitua, muitas vezes terão de agir de modo contramajoritário. (BARROSO, 2008, p. 15)

A concepção comunitária de democracia nos traz a noção de uma comunidade que apesar de eleitos seus representantes, quando estes preterem as necessidades e perspectivas da vontade de uma minoria, não poderá a democracia ser considerada justa e legítima. (DWORKIN, 2006, p. 38-39)

Os juízes quando se ocupam da atividade interpretativa não a podem fazer de qualquer jeito ou à sua maneira, ficando obrigados a interpretar conforme os ditames constitucionais e adstritos as decisões judiciais já existentes. A leitura moral impõe que a interpretação seja extraída de uma conjugação da melhor concepção dos princípios morais constitucionais e tradição dos tribunais. Nesse sentido, parece correto concluir que não somente é função do Supremo Tribunal Federal enfrentar e ofertar uma resposta à sociedade em relação ao discutido da ADPF 442, bem como que em respeito ao entendimento esboçado em outras ações pela Corte e o arranjo constitucional pátrio, deduzir que a resposta quanto à descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação deve ser afirmativa.

5. Conclusão

Em conformidade com a leitura moral de Dworkin e com o arranjo institucional brasileiro observa-se que é função do poder judiciário interpretar as normas de textura aberta sem que isso signifique ofensa à separação de poderes. Ao revés, o poder conferido ao judiciário foi atribuído pela própria Constituição Federal de 1988, sendo os legisladores constituintes desta responsáveis por traçar as regras constitucionais que outorgam aos juízes a função de interpretar a lei.

Destarte, cabe ao judiciário quando no exercício da sua atividade interpretativa extrair os sentidos não somente explícitos como aqueles que derivam da comunicação da Constituição com o sistema jurídico. Estes sentidos devem estar de acordo com a jurisprudência e o que foi decidido em casos que possuem pontos de convergência e que foram analisados anteriormente.

Consequentemente, quando do enfrentamento da ADPF 442, em respeito aos fundamentos contidos em outras decisões do Supremo Tribunal Federal, que contêm conceitos e definições da Corte que revelam-se sobretudo importantes para o esclarecimento dos argumentos que auxiliarão da decisão desta ação.

Entende-se que a resposta ofertada pelo STF quanto à descriminalização de aborto até a 12ª de gestação deve ser afirmativa, já que de acordo com o que já fora decidido em relação a questionamentos essenciais do direito brasileiro como o início da vida e da personalidade jurídica na ADI 3510 e na ADPF 54 o raciocínio contrário não se sustentaria.

Outrossim, não há que se falar na não legitimidade da decisão do STF quanto à descriminalização do aborto por não representar a “vontade da maioria”. Como já foi dito ao poder judiciário fora constitucionalmente conferida a função de interpretar e este pode posicionar-se de modo contramajoritário quando necessário.

Em uma sociedade plural não se deve decidir sempre de acordo com a vontade da maioria. Ao contrário, nas democracias contemporâneas, a fim de efetivar direitos de minorias o judiciário deve também comunicar à maioria a resposta que ela não pode ter.

Diante do exposto, na efetivação de uma democracia comunitária e justa, o STF deve interpretar a ADPF 442 no sentido de legitimar direitos já constitucionalmente garantidos às mulheres, ofertando resposta consentânea que concerne em tornar lícita a efetivação do aborto até a 12ª semana de gravidez, promovendo assim a sua descriminalização.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, 2003. Disponível em:
www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em 09/06/2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 15. ed. São Paulo:Método, 2015.

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

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jünger. Direito e democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3510 DF. Relator

Ministro Carlos Ayres Britto. Dj: 29/05/2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 08/06/2020.

STF. AGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54.

Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Dj: 27/04/2005. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 08/06/2020.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº

442. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 09/06/2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

[1] Full Text of Roe v. Wade Decision U.S Supreme Court ROE V. WADE, 410 U.S, 113 (January 22, 1973). 410 U.S 133 Roe et al. versus Wade, District Attornye of Dallas Country, Appel from the United States District Court for the Northern District of Texas, nº 78-18. Argued December 13. 1971 Reargued October 11, 1972 – Decided January 22, 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>