

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ILTON GARCIA DA COSTA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

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

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Lucas Gonçalves da Silva

Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-066-4

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

Tema: Constituição, cidades e crise

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

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1 - PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO: A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DO ELEITOR E DA PRESENÇA ATIVA DA MULHER NA POLÍTICA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO

3 - O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ESTUDO DE CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO DECORRENTE DA ADPF N. 54

4 - O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE E A CORRESPONSABILIDADE SOCIAL NOS CASOS DE REFÚGIO

5 - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

6 - O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DO DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: UM ESTUDO DO DIREITO COMPARADO?

7 - LIBERDADE RELIGIOSA X DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS

8 - DIREITO DE DISPOR SOBRE A PRÓPRIA MORTE: BREVE ESTUDO SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

9 - FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

10 - ESTADO LAICO E LIBERDADE RELIGIOSA SOB A ÓTICA DA RELIGIÃO E DO ESPAÇO PÚBLICO: “A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO” E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

11 - CONFLITOS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM EM LOCAIS PÚBLICOS PARA FINS ECONÔMICOS

12 - AS (I)LEGÍTIMAS INTERVENÇÕES MIDIÁTICAS, O DIREITO À PRIVACIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

13 - CRIANÇA É PRIORIDADE ABSOLUTA: DEPOIMENTO ESPECIAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE?

14 - COMBATE AO TERRORISMO: IMPOSSIBILIDADE DE RETROCESSO DE DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS

15 - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA POLÍTICA DE ISOLAMENTO SOCIAL

16 - A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE COMO FORMA DE GARANTIR SUA EFETIVIDADE POR PARTE DO ESTADO FRENTE À RECENTE DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 566471

17 - A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL FRENTE A PANDEMIA COVID 19: IMPACTOS AMBIENTAIS, ECONÔMICOS E SOCIAIS

18 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM ESTADOS AUTORITÁRIOS: ANÁLISE DA DISTOPIA DE GEORGE ORWELL E O BRASIL CONTEMPORÂNEO.

19 - A EFETIVIDADE DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

20 - O TEMPO DO DIREITO – A VISÃO DE FRANÇOIS OST ENTRE O TEMPO E A JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III apresentados no I 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 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ESTUDO DE CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO DECORRENTE DA ADPF N. 54

LAW AS INTEGRITY IN SUPREME COURT OF BRAZILIAN: A CASE STUDY ON DECRIMINALIZING ANENCEPHALIC ABORTION

Vítor Oliveira Rocha Fontes ¹

Resumo

O tema-problema é compreender a interpretativa do STF na ADPF n. 54, que descriminalizou o aborto anencefálico. Esta pesquisa bibliográfica-documental tem como objetivo analisar, a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin, a justificação moral realizada para decidir a ADPF. Na seção 2, explicitaram-se os fundamentos do marco teórico; na seção 3.1, descreveram-se os juízos de justificação realizados para decidir; na seção 3.2, analisou-se a correspondência das justificações com os elementos da teoria de Ronald Dworkin, concluindo-se que a prática interpretativa do Tribunal não correspondeu à interpretação proposta por Dworkin. Utilizou-se o procedimento jurídico-compreensivo, vertente jurídico-dogmático, com raciocínio hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Direito como integridade, Aborto anencefálico, Adpf n. 54, Ronald dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aim understand the interpretation of the Supreme Court of Brazilian, which decriminalized anencephalic abortion. This bibliographical-documentary research aims analyze, based on Ronald Dworkin's law as integrity, the moral justification carried out to decide the case. In section 2, the fundamentals of the theoretical framework were explained; in section 3.1, justification judgments made to decide were described; in section 3.2, the correspondence of the justifications with the elements of Ronald Dworkin's theory was analyzed, concluding that the Court's interpretative practice did not correspond to the interpretation proposed by Dworkin. The legal-comprehensive procedure, legal-dogmatic approach, with hypothetical-deductive reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law as integrity, Abortion, Adpf n. 54, Ronald dworkin

¹ Mestre em Direito pela Universidade FUMEC, Oficial Militar da PMMG e Professor na Faculdade CNEC-Unaí e Faculdade FACTU-Unaí.

1 INTRODUÇÃO

O escopo deste artigo é perquirir se a justificação moral realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, que descriminalizou o aborto anencefálico, corresponde aos elementos da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

O estudo é relevante porque a Lei n. 13.105, de 16 março de 2015, positivou o dever de os tribunais manterem a sua jurisprudência íntegra, expressão que, segundo Theodoro Júnior *et al* (2016, p. 306) e Streck (2018, p. 10), tem a finalidade de remeter o sistema de precedente brasileiro às reflexões postas pela teoria dworkiniana do direito como integridade. Assim, o precedente judicial pátrio, conforme Lopes Filho (2016, p. 20), passou exigir uma reavaliação de sua infraestrutura filosófica a fim de se estabelecer um referencial teórico apto à construção do direito como integridade e do sistema jurídico coerente.

A partir dessas problematizações, o objetivo geral da pesquisa é analisar a correspondência do juízo de justificação moral realizado pelo STF para decidir a ADPF n. 54 com a teoria do direito como integridade. Decorrendo-se, disso, os seguintes objetivos específicos: explicitar os fundamentos teóricos básicos do direito como integridade; descrever os juízos de justificação realizados pelos ministros do STF que fundamentaram a decisão da ADPF n. 54; e analisar a correspondência das justificações com os elementos fundamentais da teoria de Ronald Dworkin.

Para tanto, sendo a teoria do direito como integridade o referencial teórico, a pesquisa desenvolverá estudo de caso da ADPF n. 54, pois investigará um objeto jurídico em caráter unitário (a decisão), descrevendo-se seu conteúdo (a argumentação externalizada pelos ministros), para compreender sua relação com os aspectos conceituais da teoria do direito com integridade, consolidando-se, assim, a abordagem jurídico-compreensiva na vertente jurídico-teórica, nos termos metodológicos de Gustin (2010).

Quanto à coleta de dados, serão fontes da pesquisa o acervo do Banco de Teses da Capes e da Biblioteca da FUMEC; a ADPF n. 54 disponibilizado no sítio eletrônico do STF; e as obras Dworkin (2005), (2007) e (2014) nas quais se caracteriza a teoria do direito como integridade, marco teórico desta pesquisa.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS BÁSICOS DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

O principal desiderato da teoria do direito como integridade é dar legitimidade aos fundamentos do Direito, nesse sentido, Brina (2016), Pedron (2013) e Macedo Júnior (2013) explicam que Dworkin propõe um modelo ético-jurídico-filosófico abrangente de justificação moral das concepções sobre 'o que é o Direito' de maneira a tornar legítimo o exercício de poder da comunidade político-jurídica.

A problemática em torno dos critérios utilizados para se atribuir legitimidade ao mundo jurídico é posta por Dworkin (1999) a partir da indagação do porquê as pessoas têm o dever de obedecer ao direito:

O enigma da legitimidade [...] Os cidadãos têm obrigações morais genuínas unicamente em virtude do direito? O fato de que um legislativo tenha aprovado alguma exigência oferece aos cidadãos alguma razão ao mesmo tempo moral e prática para obedecer? (DWORKIN, 1999, p. 253, grifo do autor).

A partir disso, o autor desconstruirá as justificações contratualistas¹, as justificações decisionistas² e as justificações de auto-retribuição³, ao fazer as seguintes objeções: (1) qual a legitimidade de uma obrigação originária de uma relação que não se tem a oportunidade de escolher fazer, ou não, parte dela? (2) como demonstrar que a organização política a que se pertence trouxe melhorias para o indivíduo se não é possível comparar como seria a vida desse indivíduo sem essa organização política? (3) como esperar a justificação do direito a partir de uma reciprocidade afetiva - respeitar o outro por ser seu semelhante - se é impossível haver laços emocionais entre todas as pessoas de uma comunidade ampla? (4) como legitimar o reconhecimento de obrigações jurídicas a partir da comunhão de elementos étnicos, religiosos ou nacionalistas, se isso implica excluir da comunidade política aqueles que não comungam com esses elementos - e, assim, fomentar a discriminação? (5) como justificar que a legitimidade da autoridade ou das instituições estão nas regras jurídicas que a confere se essas regras só podem conferir legitimidade se elas já a têm? (DWORKIN, 1999).

A resposta a essas indagações é dada pela teoria do direito como integridade, a qual

¹ Refere-se à ideia que a legitimidade de se cumprir as obrigações e prerrogativas decorrentes do Direito teria origem no contrato ancestral. Aqui se inserem as propostas de Rousseau, Hobbes e derivações (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016). E também a ideia que, tendo as pessoas recebido benefícios decorrentes da organização político-estatal, elas terão que aceitar as regras e obrigações decorrentes desse modelo, como propõe John Rawls. (FURQUIM, 2010).

² Cujas legitimidade se baseia na noção de autoridade, vez que se considera legítimo o direito dito/decidido por aquele que é reconhecido pela comunidade para decidir. Podem ser consideradas representativas dessa noção de legitimidade as propostas teóricas de Austin e a de Hart, esta especificamente no ponto em que ele justifica a validade da sua norma de reconhecimento. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

³ Também inclui argumentações que justificam a existência de deveres/obrigações oriundas da auto-identificação com o semelhante, a partir da consciência de haver traços psico-biológicos em comum. A filosofia de Kant seria um destes exemplos. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

reputa que:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 1999, p. 272).

O trecho, embora sintético, abrange diversas terminologias que remetem ao particular esquema teórico dworkiniano, pois considerar 'proposições jurídicas verdadeiras' está associado à proposta de justificação moral das assertivas jurídicas. O termo 'princípio' refere-se a uma concepção específica de se produzir, interpretar e aplicar normas jurídicas a partir de esquemas de responsabilidades e justificações morais mais amplos. As noções de 'justiça e equidade' concernem a sua teoria de justiça baseada na unidade de valor. A 'melhor interpretação construtiva' é uma referência específica à teoria da única resposta correta, à epistemologia abrangente e à metodologia linguístico-interpretativa do direito. E, por fim, o termo 'comunidade' não é empregado no sentido que se dá no senso-comum, mas naquele que o autor estrutura a sua comunidade de princípios. Componentes que serão explicitados nas subseções abaixo.

2.1 Verdade de proposições jurídicas

Para Macedo Júnior (2013) e Furquim (2010) a teoria do direito como integridade é apreensível somente a partir da identificação do seu conteúdo epistemológico - que exige interpretar as proposições jurídicas⁴ levando a sério todas as disciplinas e saberes que dizem respeito à prática jurídica⁵ endossada pela proposição - e do seu conteúdo metodológico proposto a superar os postulados do positivismo-jurídico, substituindo a descrição neutra da norma de direito pela interpretação construtiva e valorativa⁶ da prática jurídica, e substituindo a filosofia da consciência para realizar o giro linguístico⁷ filosófico.

⁴ A expressão 'proposições jurídicas' é utilizada com o propósito específico de incluir no âmbito do que é jurídico todo enunciado sobre o que é o direito, mesmo que esse enunciado não tenha natureza de regra ou princípio. Por isso, não se pode considerar proposição jurídica sinônimo de norma jurídica. Pois Dworkin não concebe o direito a partir de um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios; mas se opõe à ideia de que o direito é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. (DWORKIN, 2010, p. 119).

⁵ O termo 'prática jurídica' é empregado com a finalidade específica de afastar as abordagens metodológicas que Dworkin rejeita: o positivismo jurídico e o sociológico. Logo, o termo se refere a considerar como objeto do direito a ação humana que se constitui, se define, e se torna apreensível e jurídica, interpretativamente: a prática jurídica. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

⁶ Não no sentido de se atribuir opções ideológicas, mas no sentido veritativo, de se atribuir valor de falso ou verdadeiro. Também não se refere a falso ou verdadeiro a partir de opções pessoais, pois a sua teoria trata de apresentar condições de objetividade desta atitude valorativa. (FURQUIM, 2010).

⁷ O giro linguístico, *linguistic turn*, pode ser entendido como uma abordagem filosófica de produção do conhecimento que considera o ser, o pensar e a razão humana, antes, linguagem, e, por isso, leva em conta os influxos das teorias de linguagem sobre a própria metodologia do saber que se aborda. Nesse sentido, Furquim (2010), Macedo Júnior 2013 e Pedron (2013).

Explique-se: o conteúdo epistemológico de Dworkin implica que o conhecimento jurídico seja produzido integrando e suprimindo os limites entre os níveis da técnica-ciência-teoria⁸, bem como, fazendo comunicar, na interpretação do significado das proposições jurídicas, as diferentes disciplinas/ciências do conhecimento sobre direito, culminando numa abordagem epistemológica bastante distinta da positivista, na qual o conhecimento sobre direito desenvolve-se compartimentado em ciências/disciplinas distintas (sociologia, direito, filosofia, economia, psicologia etc) e por temáticas também separadas (teoria política, teoria ética, teoria jurídica). Dworkin assim defende uma epistemologia 'abrangente'⁹. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Quanto ao conteúdo metodológico dworkiniano, Macedo Júnior (2013), Pedron (2013) e Brina (2016) explicam que Hart colocou no debate contemporâneo a discussão sobre a dimensão interna da regra jurídica, onde se situam as 'razões de agir', e refutou a compreensão positivista (de Austin, Kelsen e Bentham) que a regra jurídica, objeto de estudo da ciência jurídica, teria apenas uma dimensão externa, observável e descritível. A partir disso, Hart verificou que as razões de agir, além de constituírem a prática normativa, continham uma intencionalidade, não no sentido psíquico-subjetivo, mas funcional. E embora interno e intencional, poderia ser descrito, pois tinham natureza factual, essas razões de agir validavam, pelo conceito hartiano de 'aceitação', as normas de reconhecimento, permanecendo, nessa perspectiva, a secção entre o direito e moral.

A partir deste ponto, Dworkin aponta a contradição do modelo de Hart, pois, ao considerar a norma de reconhecimento factual, a dimensão interna das normas primárias tornar-se-iam também factuais e destituídas de intencionalidade (MACEDO JÚNIOR, 2013). Além disso, Dworkin demonstra que a teoria hartiana permitiria aos juízes utilizarem a discricionariedade para criar regras jurídicas, o que era incoerente ao sistema inglês que negava essa possibilidade. Por fim, Dworkin argumenta que os juízes utilizam, embora declarem o contrário, razões morais particulares para decidir acerca das divergências teóricas¹⁰ no direito. (PEDRON, 2013).

⁸ O conhecimento jurídico desenvolve-se sob três secções epistêmicas: a técnica, que estabelece procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis; a ciência, onde o saber é organizado a partir da verificação dos níveis de desempenho e do esclarecimento da técnica; e a teoria-científica, na qual se realiza a estruturação dos protocolos desenvolvidos na ciência sob perspectiva eminentemente filosófica (LEAL, 2018). Ressalve-se que, embora Leal aponte três níveis, a proposta de sua teoria é acrescentar um quarto nível, a crítica-científica, que não foi considerada nesse trabalho, ante a inovação específica do autor.

⁹ Assim, nesse trabalho, o termo 'abrangente' será empregado no sentido desta integração das secções epistêmicas (técnica-ciência-teoria), das secções disciplinares (Filosofia, Direito, Sociologia, Psicologia etc) ou temáticas (teoria de justiça, teoria política, teoria jurídica etc).

¹⁰ A tese das divergências teóricas é desenvolvida com clareza por Dworkin na análise do caso *Elmer* (Riggs v. Palmer – 1889) e caso *Snail Darter* (Tennessee Valley Authority v. Hill – 1978). Ver em Dworkin (2005).

Então Dworkin buscou apresentar uma proposta que fosse capaz de substituir a abordagem positivista de compreender o Direito descritivamente a partir da neutralidade moral por uma abordagem que fosse capaz de compreender o Direito interpretativamente a partir de uma intencionalidade moral e que, ao mesmo tempo, fornecesse objetividade à interpretação e ao trato da moral¹¹: a teoria interpretativista, pela qual o direito exige um tipo de atitude interpretativa objetiva que torne a prática jurídica uma proposição verdadeira em atender uma exigência substancial de política e justiça. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Além disso, reconhecendo que a referida atitude interpretativa pudesse resultar concepções colidentes, embora ambas fossem aptas a satisfazer racionalmente uma exigência de justiça, Dworkin, conforme Cattoni de Oliveira (2009), elabora a teoria da única resposta correta que soluciona a controvérsia teórica ao estabelecer que será correta a resposta que simultaneamente satisfizer em maior grau os vetores substanciais de justiça e for mais adequada às práticas jurídicas amplamente compartilhadas, à semelhança de um romance em cadeia escrito e interpretado da maneira que lhe agregue o maior valor.

A partir desses pressupostos epistêmicos e metodológicos, Dworkin assevera que uma prática somente pode ser considerada jurídica se a proposição que a enuncia for considerada verdadeira ao ser submetida ao 'juízo de justificação moral'¹². O resultado dessa interpretação apresenta um direito moralmente justificado. (PEDRON, 2013).

Assim, vê-se que o juízo de justificação moral contém a epistemologia dworkiniana ao conectar teoria de justiça, teoria política e teoria de direito, porquanto exige que a justificação moral de uma interpretação satisfaça, ao mesmo tempo, a coerência ao esquema específico e ao esquema geral (DWORKIN, 1999). E contém, também, a sua metodologia ao examinar as possíveis interpretações a partir de uma intencionalidade, não interna e psíquica, mas externa e objetivamente determinável: a concepção de justiça, equidade e integridade. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009).

Percebe-se, desta forma, que a valoração como falsa ou verdadeira da proposição jurídica decorre de um juízo de justificação a partir do reconhecimento de um sistema substancial, o qual, segundo Brina (2016), estaria inserido numa estrutura mais abrangente: a comunidade política (ou de princípios), que convém ser esclarecida.

¹¹ A consolidação de sua concepção de moral é feita em 'Justiça para Ouriços', onde esclarece que o conhecimento articula-se pelos distintos domínios da ciência e do valor (este contém o direito, a moralidade e a ética) que exigem metodologias também distintas. O interpretativismo construtivo seria o método aplicável ao trato da moralidade. (DWORKIN, 2012).

¹² A partir do reconhecimento de padrões de interpretação (esquema de justificar certa proposição com base em referenciais acerca de justiça, equanimidade e integridade) mais gerais e abstratos, o processo de justificação moral consiste utilizar esquemas mais específicos (princípios) para justificar a interpretação mais adequada de uma prescrição textual que guarde coerência, ao mesmo tempo, com os demais esquemas específicos (princípios morais) e com os esquemas gerais (política moral). (MACEDO JÚNIOR, 2013).

2.2 A comunidade política de princípios

Após tomar a insuficiência¹³ do modelo positivista ante as objeções da seção 2, p. 3, Dworkin busca compreender a lógica da estrutura (aqui se insere o método epistemológico Dworkiniano de se produzir o conhecimento jurídico pela conjugação do interpretativismo construtivo a partir do giro linguístico, guiado pela sua teoria abrangente de justiça) pela qual se desenvolvem as 'obrigações fraternais' em uma comunidade básica¹⁴, isto porque, baseado nesta estrutura específica, ele elaborará, por meio do interpretativismo construtivo, uma estrutura mais genérica que legitime as 'obrigações jurídicas', nas palavras do autor:

Estamos, finalmente, em condições de examinar **nossa hipótese** de maneira direta: **a melhor defesa da legitimidade política** - o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade - **vai ser encontrada não onde os filósofos esperaram encontrá-la**, no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo [...] **mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes**. (DWORKIN, 1999, p. 249-250, grifo nosso).

Com este objetivo, Dworkin (1999) identifica a existência de circunstâncias e de condições que justificam as responsabilidades morais das obrigações fraternais numa comunidade básica¹⁵, e descreve como sendo 'circunstâncias': (1) a possibilidade das obrigações perderem seu caráter imperativo, se as prerrogativas de pertencer a esse grupo não forem dadas aos membros; (2) as relações de associação entre os membros da comunidade e as obrigações delas decorrentes não são formadas por um ato de compromisso contratual deliberado; (3) o dever de honrar as responsabilidades de uma comunidade é fundado na noção de **reciprocidade**¹⁶ que diz respeito ao reconhecimento mútuo da existência de uma responsabilidade entre os membros, reconhece-se haver uma responsabilidade para com o outro à medida que o outro reconhece tê-la também em relação a outrem.

Para que essas responsabilidades sejam vistas como obrigações fraternais é necessário as seguintes 'condições': (1) **responsabilidade especial** - que se refere ao caráter diferenciador em relação aos não membros que se atribuiu a responsabilidade; (2) **responsabilidade pessoal**

¹³ Não no sentido de que as propostas positivistas estivessem destituídas racionalidade razoável ou no sentido de serem completamente falsas, mas no sentido de que haveria justificativas melhores, mais adequadas, a partir de um exercício comparativo.

¹⁴ Ressalte-se a importância de distinguir comunidade básica de comunidade política (ou de princípios), porquanto não se confundem, embora semelhantes. (DWORKIN, 1999).

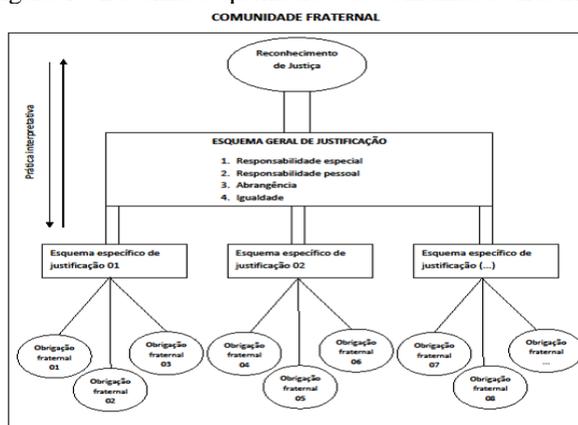
¹⁵ Anote-se que Dworkin apresenta três gradações de comunidade: a básica, contendo as quatro condições iniciais; a associativa que incrementa às qualificações da básica o reconhecimento da justiça e a prática interpretativa; e a política, que corresponde ao modelo mais aprimorado e que servirá de base para toda a teoria do direito como integridade. (DWORKIN, 1999).

¹⁶ Quanto à instabilidade de se definir o que se pode considerar uma responsabilidade existente, visto que seu conteúdo é interpretativo, Dworkin argumenta que o parâmetro é a 'atitude' de interpretar o conteúdo dessa responsabilidade, negando aqueles que o contrarie, o autor exemplifica o raciocínio dizendo que as pessoas não precisam concordar com exatidão sobre o que significa 'amizade', mas concordam com um mínimo acerca do que ela não é. (DWORKIN, 1999).

- relacionada ao nexa direto de consideração entre os membros, o membro imputa a si, antes de imputar ao grupo comunitário, uma responsabilidade direta para com outro membro¹⁷; (3) **abrangência**¹⁸ - as obrigações fraternais específicas são aplicações contingenciais¹⁹ de um esquema de responsabilidade mais geral; (4) **igualdade** - as práticas do grupo que endossam as responsabilidades levam em igual consideração os interesses de todos os membros da comunidade. (DWORKIN, 1999).

A partir das condições existenciais-qualificativas da comunidade básica (responsabilidade especial, responsabilidade pessoal, responsabilidade abrangente e igualdade) Dworkin incluiu na reciprocidade da comunidade básica o atributo do 'reconhecimento de justiça' por meio da 'prática interpretativa'. A comunidade que faz isso ganha o status de associativa, representada esquematicamente na Figura 1.

Figura 1 - Desenho esquemático da comunidade fraternal



Fonte: Dworkin (1999, p. 237-250)

E é a partir dessa comunidade associativa que Dworkin buscará legitimar a obrigação jurídica, ao dizer que: "Esse eco reforça nossa hipótese corrente de que a obrigação política - **inclusive a obrigação de obedecer ao direito** - é uma forma de obrigação associativa". (DWORKIN, 1999, p. 249, grifo nosso).

Partindo disso, verifica-se que, em analogia à lógica-estruturante que legitima uma **obrigação fraternal**, Dworkin elabora uma estrutura mais genérica e politizada que legitime uma **obrigação jurídica**, veja-se:

¹⁷ Exemplifica essa condição o fato que alguém vendo uma criança perdida, em vez de ignorar alegando que existem autoridades cujo o papel é justamente cuidar dessa criança e localizar os pais, tem a atitude de pessoalmente prestar esse auxílio, deixando de empregar tempo e esforços em prol dos seus interesses por conta da responsabilidade que ele considera ter diretamente com a criança e não para com a criança perante o grupo.

¹⁸ Essa derivação é a alternativa de Dworkin para resolver divergências teóricas no nível pré-interpretativo, pois havendo estruturas de justificação específicas (princípios) que legitimem responsabilidades/obrigações colidentes, a existência de um esquema mais profundo e genérico de justificação amortecerá o conflito e manterá a integridade de todo o sistema.

¹⁹ Contingente porque se refere a um tempo específico, a uma hipótese fática, num determinado tempo, e num determinado ato interpretativo. Claro que não se quer dizer instável e aleatório, mas que não também não seja um dogma.

Dediquei uma atenção tão especial à estrutura da obrigação associativa e à natureza e circunstâncias de seus conflitos com outras responsabilidades e direitos, porque meu objetivo é mostrar de que modo a obrigação política pode ser considerada associativa, e isso só será plausível se a estrutura geral das obrigações associativas nos permitir explicar as condições que em nosso ponto de vista, têm de ser satisfeitas antes que se coloque a questão da obrigação política, e as circunstâncias que, acreditamos, devem invalidá-la ou mostrá-la em conflito com outros tipos de obrigações. (DWORKIN, 1999, p. 248-249).

Após identificar as quatro condições, retrocitadas, que definem a 'comunidade associativa', Dworkin (1999, p. 251) indaga: "Que forma deveriam assumir em uma comunidade política? Como deve ser a política para que uma sociedade política básica possa tornar-se uma verdadeira forma de associação fraternal?".

As respostas vão sendo elaboradas em seguida, iniciando-se pela incrementação dos atributos da reciprocidade da comunidade associativa com o atributo de que "a comunidade deve respeitar princípios necessários à justificação de uma parte do direito, bem como do todo." (DWORKIN, 1999, p. 254), assumindo, assim, a reciprocidade primitiva da comunidade básica uma proposta de modelo geral de associação na comunidade política.

Na comunidade política, ver no item 3 da Figura 2, a responsabilidade especial torna-se responsabilidade 'específica de cidadania', significando que:

Cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. (DWORKIN, 1999, p. 257).

A responsabilidade pessoal também é incrementada e passa a corresponder a exigência de que:

[...] ninguém seja excluído; determina que na política, estamos todos juntos para o melhor ou pior [...] que ninguém pode ser sacrificado [...] pela justiça total. [o interesse pelo outro] Manifesta-se assim [na política que o inicia] e é mantido pela legislação que rege a prestação jurisdicional e sua aplicação. Os atos políticos de todos exprimem sempre, ao se mostrar como devem ser as regras e de que modo se devem aplicá-las, um profundo e constante compromisso que exige sacrifício, não apenas por parte dos perdedores, mas também dos poderosos que teriam a ganhar como tipo de conluio e soluções conciliatórias que a integridade proíbe. (DWORKIN, 1999, p. 257, acréscimos nosso)

No item (3) da Figura 2, vê-se que se acresce à condição 'igualdade' o atributo integridade, passando a ser compreendida como o pressuposto que cada cidadão é tão digno quanto qualquer outro, que cada um deva ser tratado com o mesmo interesse, "de acordo com uma concepção coerente do que isso significa." (DWORKIN, 1999, p. 257).

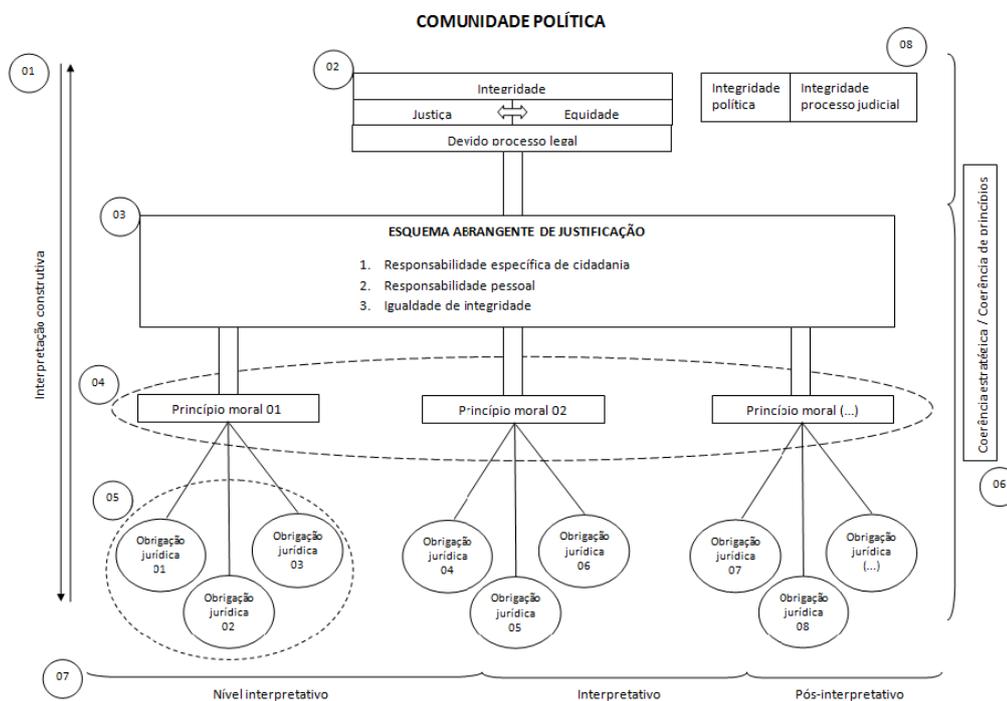
Encerrando as transposições conceituais, na comunidade política, conforme item (2)

da Figura 2, a noção de justiça²⁰ é incrementada pela noção de equidade²¹, devido processo legal adjetivo, num esquema onde justiça e equidade são equalizados pela integridade. (DWORKIN, 1999). Por fim, quanto aos 'princípios', no esquema conceitual da Figura 2, abaixo, pode-se compreender de maneira mais exata a que ele remete, uma vez que sua significação exige levar em conta, de maneira abrangente, a sua relação com as obrigações, as responsabilidades, e os esquemas de justificação, conforme explicitado no próximo tópico.

2.3 Os verdadeiros princípios de Dworkin

Geralmente, o que tem levado a propagação do pensamento de Dworkin no meio acadêmico é a importância de se incorporar princípios jurídicos e morais no Direito, porém essa discussão é bastante anterior às suas obras. Por isso, a originalidade da teoria de Dworkin não reside na valorização dos princípios ou na oposição entre regras e princípios, mas, sim, na sua proposta metodológica referida pelos princípios morais. (MACEDO JÚNIOR, 2013).

Figura 2 - Desenho esquemático da comunidade política



Fonte: Dworkin (1999, p. 237-250)

²⁰ Que funciona como a diretriz ideológica da estrutura procedimental formada pelas relações entre as condições de responsabilidade, de abrangência e de igualdade.

²¹ Pedron sustenta que a melhor tradução do termo *fairness* não seria equidade, mas 'equanimidade' que "envolve a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada". (PEDRON, 2013, p. 48).

É comum compreender princípio como juízo de adequação, mandado de otimização, normas fundamentais de um sistema, ou vetor de interpretação e conciliação das regras jurídicas (SILVA, 2003). No entanto, os princípios morais a que Dworkin se refere é a estrutura metodológica, que está abrangida pelo esquema geral do direito como integridade, de atribuir verdade ou falsidade às proposições jurídicas. No item (4) da Figura abaixo pode-se identificar graficamente ao que se refere o princípio moral dworkiniano, onde corresponderia aos esquemas específicos de justificações na comunidade associativa na Figura 1.

Essa noção de princípio, simultaneamente procedimental e substancial, é referida por Dworkin ao estruturar o modelo geral de associação da comunidade política, ao apresentar a teoria do direito como integridade e ao distinguir a integridade na política e no processo judicial (DWORKIN, 1999). Também é referida ao distinguir argumentos de princípios e de política (DWORKIN, 2010). O autor inclusive utiliza esse conceito de princípio para elaborar sua concepção de Estado de Direito, descrita no primeiro capítulo de 'Uma questão de princípios' (DWORKIN, 2005). Veja-se a descrição de princípio abaixo:

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. (DWORKIN, 2010, p. 138).

Percebe-se que, embora o trecho se refira à distinção entre argumento de política e de princípio, os elementos citados no texto têm correspondência na estrutura esquematizada da Figura 02, já que a 'doutrina de responsabilidade' está representada no item (3), a 'decisão particular' corresponderia a obrigação reconhecida como jurídica do item (5). Ademais, há que se considerar que o esquema é aplicável tanto ao processo judicial quanto ao legislativo, conforme item (8). Assim o esquema institucional hipotético para produzir decisões corresponderia a essa estrutura abrangente da Figura 2.

2.4 Justiça, equidade e devido processo legal

A partir da Figura 2, nota-se que 'justiça' é um dos elementos de substância que contém a opção política da estrutura procedimental-metodológica da teoria do direito como integridade apresentada nesta pesquisa a partir de 'O Império do Direito', cuja primeira publicação data de 1986. Porém a noção de justiça dworkiniana foi aprimorada na teoria da unidade do valor, apresentada em 2011, quando, segundo Brina (2016), o autor desenvolveu uma teoria abrangente de justiça.

Logo, há que se compreender o direito como integridade a partir dessa nova concepção de justiça, pois, embora seja uma noção posterior, percebe-se que desde 1986 Dworkin indicava a unidade e abrangência da justiça, ao dizer que a coerência de princípio “Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerente no sentido de expressarem uma **visão única e abrangente de justiça**” (1999, p. 163, grifo nosso).

Brina (2016) explica que Dworkin, desenvolvendo a concepção de justiça na teoria da unidade do valor, apresentou parâmetros específicos - entre eles o sistema de responsabilidade objetiva - aptos a fornecer objetividade²² à moralidade²³ tão referida na sua obra, uma vez que autor, não obstante compreender direito e moral num mesmo domínio, concebe uma moral institucionalizada, não relacionada às vicissitudes pessoais, visto que Dworkin rejeita concepções da metafísica e da noção fiscalista²⁴ do direito.

Assim, a moral deve ser compreendida levando em conta os mecanismos contidos na teoria da unidade de valor. Diz-se unidade de valor porque propõe a continuidade²⁵ entre a moral individual - tomada por Dworkin como ética - e a moral da comunidade de princípios, que, consideradas conjuntamente, são designadas por 'moralidade', nas palavras de Furquim (2010, p. 20):

Para Dworkin, a continuidade não requer que as pessoas definam sua vida em torno da imparcialidade ou da busca pela justiça, mas requer que a discussão pública ressoe nas convicções sobre as nossas concepções de boa vida. É uma ideia de unidade de valor entre a ética e a moralidade que ainda está em construção. Para Guest (2007), a ética pessoal de todos participando desse consenso, mas sem recair numa perspectiva pessoal específica, é o apelo visionário de Dworkin, alternativo ao contrato, para sua versão contínua do liberalismo – a igualdade liberal. (FURQUIM, 2010, p. 20).

Furquim explica que a legitimidade da coerção estatal - chamada pela autora de 'força categórica do Direito' e que é uma justificação moral - estaria na união da ética²⁶ com a moralidade por meio de uma abordagem interpretativa; e que o termo 'valor' na teoria de justiça refere-a utilidade prática (factual) que a compreensão unificada de justiça e equidade enseja para a interpretação das práticas jurídicas, veja-se:

A proposta de Dworkin é que não podemos tratar valores políticos como separados

²² Ou na expressão de Macedo Júnior (2013) 'condições para existência de objetividade' no âmbito das divergência teóricas acerca da proposição jurídicas.

²³ A 'moralidade' aqui deve ser considerada no âmbito da Teoria da Unidade de Valor que abrange a integralização (no sentido de tomar com um corpo único) a moral (noção do que é adequado para a coletividade) e ética (noção do que é a vida boa individualmente individual), pois em 'Justiça para Ouriços' Dworkin conceberá o Direito como um ramo da moralidade política. (BRINA, 2016).

²⁴ Terminologia proposta por Macedo Júnior (2013) que compreende as teorias do direito derivadas das epistemologias empiristas e racionalistas.

²⁵ Como Furquim (2010, p. 20) sintetiza "[...]o que desejamos para as nossas vidas não pode estar separado de como devemos tratar os outros”.

²⁶ Dworkin quando fala de moralidade refere-se à moralidade pública de como devemos tratar os outros e ética à moralidade pessoal. Furquim (2010, p. 16).

do que consideramos a boa vida. A liberdade, justiça, igualdade, democracia têm valor por causa das consequências para as nossas vidas. Considerar valores políticos separados do que é a vida boa leva-nos a um conflito entre liberdade e igualdade. (FURQUIM, 2010, p. 28).

Assim, uma vez que os conceitos de justiça, liberdade e igualdade são argumentativo-interpretativos e não descritivos, visto não poderem ser tomados como um objeto natural ou factual, ante sua inexistência física (MACEDO JÚNIOR, 2013). Furquim (2010) sugere que o conceito de justiça interessa à prática jurídica por conter um valor - uma funcionalidade - que decorra não apenas de uma idealidade - por exemplo, pensar que se deve buscar a justiça porque a justiça é boa - mas que decorra das consequências práticas que essa noção de justiça ensinará na vida de cada um.

Ressalve-se que a compreensão de justiça a partir da teoria da unidade de valor implica compreender o complexo esquema apresentado em 'Justiça para ouriços' sobre igualdade, liberdade, democracia, Direito e sistema de responsabilidade objetiva, temas que extrapolam o limite do artigo. Porém, essa limitada remissão à teoria, que aponta para um conceito não utópico de justiça, mas funcional, será útil no desenvolvimento da seção 3.

Quanto ao significado de equidade, Furquim (2010) esclarece que, a partir do pressuposto de que todo cidadão merece igual consideração, *equal concern*, e que todos temos responsabilidades especiais entre si, a equidade diz respeito a conceber uma estrutura política cuja os processos legislativo e judicial resultem a distribuição adequada dos recursos de uma nação. Nesse sentido, Dworkin diz que:

Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. (DWORKIN, 1999, p. 200).

No item (2) da Figura 2, justiça e equidade, embora interrelacionados, possuem existência autônoma e estão equalizados pela integridade, significando que, conforme Dworkin (1999), numa sociedade não utópica as circunstâncias factuais podem fazer conflitar aplicações decorrentes da noção de justiça com da noção de igualdade²⁷, situação que será solucionada pela integridade do processo judicial, do processo legislativo e da política:

[em relação ao processo judicial] a comunidade deve respeitar princípios necessários à justificação de uma parte do direito, bem como do todo[...] [em relação ao processo legislativo] que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios [...] [integridade política] 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.

²⁷ A exemplo da análise do caso *Bakke* em (DWORKIN, 2005) e do caso hipotético do casamento forçado em (DWORKIN, 1999, p. 244-249).

(DWORKIN, p. 202-203, 254, acréscimos nosso).

Após estas considerações, acredita-se que os principais elementos da teoria do direito como integridade, referidos no conceito da seção 1, foram apresentados e são suficientes para abordar o fundamento central da ADPF n. 54.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA ADPF N. 54

Nesta seção, far-se-á a síntese e análise, sob o crivo do direito como integridade, dos argumentos que fundamentaram a decisão na ADPF. Contudo, ressalve-se a necessidade de considerar a diferença entre um processo de ADPF do Brasil e um recurso na Suprema Corte americana, pois Dworkin, ao elaborar sua teoria, não levava em conta um processo objetivo sem partes, traço do controle de concentrado de constitucionalidade em ADPF (MENDES, 2017). Isso é importante porque a noção de princípio implica reconhecer que as pessoas individualmente consideradas possuem direitos perante o Estado (DWORKIN, 2005). Como na ADPF não há essa pessoa individualmente considerada, a fim de não se perder o objetivo da pesquisa, durante as argumentações, considerar-se-á, hipoteticamente, que nesta ADPF há uma gestante recorrendo ao judiciário para realizar o aborto de anencéfalo.

3.1 Os fundamentos externalizados pelo STF

Na ADPF n. 54 discutiu-se a inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da incidência da norma dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal (CP), sobre a conduta de abortar fetos anencéfalos, decidindo o plenário da Suprema Corte, por 8 votos a 2, por meio de interpretação conforme a constituição, pela inconstitucionalidade desta incidência, permitindo, assim, a realização, por profissional habilitado, da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo previamente diagnosticada, sem autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. (BRASIL, 2013).

O caso é representativo à luz da teoria de Ronald Dworkin, porquanto a fundamentação utilizada pelo tribunal perpassou: pelo reconhecimento de uma prática jurídica não positivada, ao inserir, via interpretativa, o aborto de anencéfalo às excepcionantes do art. 128 do CP; e pela atribuição de valor à vida a partir da unicidade do seu significado na concepção da gestante e na concepção da moralidade pública (BUNCHAFT, 2012).

O direito com integridade propõe integralizar a concepção convencionalista e a

pragmática do direito (DWORKIN, 1999). A princípio, o Ministro Marco Aurélio, relator do voto vencedor, atendeu à **concepção pragmática** do direito ao considerar a necessidade de se evoluir a interpretação da lei penal para adequá-la a realidade fática atual, porquanto não havia, em 1941, início de vigência da norma, recurso técnico para o diagnóstico da anencefalia (BRASIL, 2013). Tome-se, abaixo, a concepção pragmática do direito por Dworkin:

[...] nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberando da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência. (DWORKIN, 1999, p. 185).

Ao mesmo tempo, o Ministro-relator também teria atendido à **concepção convencionalista**, ao considerar que até o ano de 2005 o Judiciário brasileiro tinha autorizado três mil interrupções de gravidez anencefálica; ao considerar os julgados anteriores da corte sobre os critérios para determinar o início da vida, mormente os contidos na ADI n. 3510 que decidiu sobre pesquisa de células-tronco, ação pela qual consolidou o entendimento que a Constituição não protege o feto, ficando para a ordem infraconstitucional a sua proteção; e ao retomar a posição doutrinária de Nelson Hungria, a qual já afastava, há 50 anos, a incidência do delito de aborto na hipótese de não haver possibilidade de continuação da vida do feto (BRASIL, 2013). Razões de decidir que consubstanciariam a concepção convencionalista de Dworkin:

Convencionalismo [...] representa uma atitude que é importante e aberta ao desafio. Ei-la: a força coletiva [do direito] só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política. (DWORKIN, 1999, p. 141, grifo original, acréscimo nosso).

Analisando-se, no entanto, o voto vencedor, notam-se dois fundamentos distintos na decisão. O que autoriza o aborto a partir da compreensão que o anencéfalo não tem vida e o que descriminaliza o aborto a partir da ponderação entre os direitos do anencéfalo e os direitos afetos à dignidade da gestante.

No primeiro fundamento, a corte concluiu que a Constituição impõe compreender o Estado como uma instituição laica, exigindo-se, em decorrência, o afastamento de ilações de cunho religioso no processo jurisdicional. Em seguida, a partir dos pareceres técnicos de médicos-especialistas, concluiu pela inexistência de vida em feto anencéfalo e afastou a incidência da proteção prevista no art. 227 da Constituição. A partir destes pressupostos, e considerando a certeza do diagnóstico anencefálico, bem como, sua viabilidade de realização

pelo sistema público, decidiu-se pela não incidência do crime de aborto - que tutela apenas a vida em potencial - e pela permissão do aborto anencefálico. (BRASIL, 2013).

No segundo fundamento, afirmou-se que o direito à vida do anencéfalo cederia, neste juízo de ponderação²⁸, em prol da gestante, 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 nos diversos dispositivos constitucionais. (BRASIL, 2013).

Neste juízo de ponderação, o Ministro Marco Aurélio, suscitou a relatividade do direito à vida ante: a permissão constitucional de pena de morte; a autorização do aborto do feto saudável concebido por resultado de estupro; a relatividade da vida na concepção de tribunais estrangeiros; a gradação de níveis de proteção do direito à vida, a partir dos fundamentos da ADI n. 3.510 e das diferentes penas (refletindo o diferente grau de reprovabilidade) cominadas ao crime de aborto e ao crime de homicídio. Evidenciando que, se na estrutura normativa brasileira os direitos e a proteção do feto saudável são equalizáveis em razão dos direitos da mulher, os direitos do feto anencefálico ainda mais o seria. (BRASIL, 2013).

Em seguida, o Ministro expôs os riscos (fisiológicos ou psicológicos) que a gestação anencefálica traz a mulher; a afronta ao direito de privacidade pela intromissão do Estado na integridade corporal da pessoa; a violação da autodeterminação da gestante, entendendo que o Estado não deveria impor a permanência da gestação nem determinar a interrupção da gravidez, mas deixar que a mulher fizesse a escolha; a contrariedade ao princípio da proporcionalidade, alegando que a proibição do aborto anencefálico privaria a mulher do mínimo existencial de seus direitos de autodeterminação e liberdade, visto que os direitos do feto prevaleceriam totalmente sobre os direitos da mulher. (BRASIL, 2013).

3.2 O direito como integridade na decisão

Uma vez que as constituições contemporâneas prescrevem os direitos dos cidadãos por uma linguagem ampla e abstrata, torna-se necessário realizar uma 'leitura moral' dos dispositivos constitucionais abstratos por meio do método interpretativo que os considerem conectados aos princípios morais e a política moral desta comunidade política. (DWORKIN, 2006).

Para Bunchaft (2012), na decisão da ADPF n. 54, foi feita essa leitura moral, porque,

²⁸ Esclarece-se que a teoria de Alexy, que justifica a decisão judicial mediante juízo de **ponderação** e não se confunde com Dworkin que propõe juízos de **adequação**, não é objeto deste artigo, porém, está sendo descrita por ter sido o argumento utilizado pelo STF.

além de conciliar, num valor único, a concepção de vida da ética funcional e da moralidade pública, o tribunal foi capaz de articular as práticas convencionais (remissão à ADI da célula tronco e às disposições do CP sobre aborto humanitário) e as concepções pragmáticas (que considerou a necessidade de evolução do ordenamento a partir de uma necessidade prática de adequar a norma penal à existência de recursos tecnológicos de detectar a anencefalia). A autora anota, ainda, que a responsabilidade da teoria dworkiniana estaria implícita na proposta dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello em determinar ao Ministério da Saúde serviços qualificados de saúde psíquica às gestantes para que pudessem encorajar a decisão de forma responsável.

No entanto, analisando-se detidamente a decisão, o Ministro-relator diferenciou a argumentação que justificou a *ratio decidendi* daquela que representou apenas *obiter dictum*, visto que a razão de decidir que resolveu o julgamento baseou-se na compreensão que o feto anencéfalo não tem vida e que, portanto, não haveria colisão real de direitos fundamentais. Percebe-se, assim, não haver na *ratio decidendi* predominância dos elementos do direito como integridade, que prevaleceram, apenas, no raciocínio de ponderação²⁹ entre um hipotético direito à vida do feto anencéfalo e os direitos de dignidade da gestante. O direito como integridade, desta forma, vê-se presente no *decisium* apenas como *obiter dictum*, como se deduz da seguinte exortação:

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos - **apenas por amor ao debate** e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública - a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina [...] premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Desta feita, descartando-se os fundamentos à título de *obiter dictum*, percebe-se que o *decisium* da corte correspondeu ao direito como integridade e realizou a leitura moral da Constituição de uma maneira muito limitada, pois na *ratio decidendi* notou-se a presença da teoria dworkiniana apenas no ponto em que suscitou a laicidade do Estado e no ponto que superou a doutrina do legislador negativo.

Quanto ao primeiro ponto, verificou-se que o Ministro-relator identifica um esquema geral de justificação moral, especificamente o que impôs a laicidade do Estado, e, a partir dele, reinterpreta os esquemas específicos de justificação sobre o direito da vida, compatibilizando coerência entre esquema geral e específicos. Destes juízos de justificação morais decorreu uma obrigação jurídica: permitir a gestante interromper a gravidez. A concatenação dessas ilações

²⁹ Não que a ponderação corresponda ao direito como integridade, mas que nos argumentos da ponderação poderiam ser identificados juízos de integração da concepção convencionalista e pragmática, como apontado nas p. 14-15.

poder-se-ia corresponder a compreensão do direito a partir de princípios, conforme o conceito do direito como integridade.

Quanto ao segundo ponto, a teoria de Dworkin pode ser encontrada no não acatamento pelo STF da justificção divergente apresentada pelo Ministro Lewandowski, segundo a qual a jurisdição constitucional, em razão da sua natureza contramajoritária, estaria limitada ao papel de legislador negativo, não possuindo, por isso, legitimidade democrática para criar uma regra jurídica (no caso uma excepcionante no crime de aborto). E que por ser um tema de controvérsia moral, caberia a população decidir e expressar o valor moral predominante. (BRASIL, 2013).

O argumento de Lewandowski é incompatível com o direito como integridade que contraindica a leitura moral da Constituição como uma ordem de valores concretos de uma maioria. Uma vez que, consoante Dworkin (2006), o Estado não pode usar o seu aparato repressivo para sustentar concepções morais hegemônicas que violem a liberdade dos indivíduos, impondo à coletividade uma concepção sobre o valor intrínseco da vida. Logo, a não adoção pelo STF dessa concepção de democracia majoritária está conforme a integridade do direito.

Ressalve-se que, embora se encontre correspondência à teoria de Dworkin nestes dois pontos específicos da *ratio decidendi*, ao se ter mente a estrutura completa do direito como integridade e a razão de decidir esposada pelo Tribunal, tem-se a ausência dos juízos de justificções suficientes a caracterizar na decisão a predominância da teoria de Dworkin, uma vez que: foram preteridas as abordagens que extraíssem da Constituição as noções sobre justiça e equidade que pudessem identificar o esquema geral da comunidade política brasileira; a conciliação do convencionalismo e pragmatismo foi feita apenas como *obiter dictum*; o esquema de responsabilidade sequer foi citado e o que, implicitamente, a ele se referia foi rejeitado pela corte; os ministros, ao abordarem questões de direito comparado, trouxeram para o esquema de justificção geral brasileiro convenções de outras comunidades políticas.

Poder-se-ia argumentar que, quanto ao resultado, a decisão teria correspondido ao direito como integridade, mas, quanto ao procedimento, não. Porém, em Dworkin o direito como integridade é uma proposta procedimental e substancial ao mesmo tempo, sendo, inadequado atribuir a correspondência ao direito como integridade ignorando a estrutura procedimental que orientou a decisão. Assim, pode-se concluir que a decisão não correspondeu ao direito como integridade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa se propôs encontrar a correspondência do direito como integridade na ADPF n. 54, haja vista que, segundo doutrina nacional, ocorrera a positivação da teoria de Ronald Dworkin no Código de Processo Civil brasileiro.

Na seção 2 expôs-se a extensa estrutura de significação a que se refere o conceito dworkiniano de direito como uma prática interpretativa de uma comunidade política específica, capaz de valorar, da maneira mais adequada, as proposições jurídicas como verdadeira ou falsa a partir de estrutura portadora de vários níveis de juízos de justificação que derivem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal.

Na seção 3 apresentou-se os juízos de justificação utilizados pelos ministros do STF para fundamentar a descriminalização do aborto anencefálico e como eles poderiam ser relacionados às concepções de Dworkin de convencionalismo, pragmatismo, leitura moral e abordagem de princípios.

Concluindo-se que, embora a ADPF refletisse de alguma maneira alguns elementos do direito como integridade, os fundamentos da decisão não se estruturaram suficientemente a corresponder aos termos da proposta dworkiniana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de setembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso: em 01 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Inteiro teor. Brasília, DF, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRINA, Christina Vilaça. **Dworkin e Raz: uma análise comparada sobre o conceito de direito, a relação entre direito e moral, e a interpretação jurídica**. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASJFJX>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Dworkin. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552012000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010. 235 f. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/pt-br.php>>. Acesso em: 28 out. 2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 490 p.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013. (E-BOOK)

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther**. Belo Horizonte: Clube de Autores, 2013. 201 p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/vas-publicacoes/>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.