



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN E DA CONFRONTAÇÃO DOS CASOS *ROE VS. WADE* E *DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION* DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

The (In)Constitutionality of abortion: an analysis based on Ronald Dworkin's Theory and the confrontation of Roe vs. Wade and Dobbs V. Jackson Women'S Health Organization of the Supreme Court of the United States of America

Marcelino Meleu

Universidade Regional de Blumenau (FURB)/Professor Permanente.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2567-7248>

E-mail: mmeleu@furb.br

Daisy Cristine Neitzke Heuer

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0086-4066>

E-mail: daisycristine@gmail.com

Trabalho enviado em 21 de julho de 2023 e aceito em 22 de maio de 2024



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.04, 2024, p. 188-209

Marcelino Meleu e Daisy Cristine Neitzke Heuer

DOI: [10.12957/rqi.2024.77516](https://doi.org/10.12957/rqi.2024.77516)

RESUMO

Este artigo tem por objetivo debater a (in)constitucionalidade do aborto, por intermédio da confrontação dos casos *Roe vs. Wade* e *Dobbs v. Jackson Women's Health organization*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, bem como, a coerência e integridade constitucional das suas decisões. Tendo por referencial a teoria da integridade de Ronald Dworkin, o aprofundamento teórico pauta-se na pesquisa bibliográfica e documental, consubstanciada nas leituras de diversas obras, artigos e material jurisprudencial, apoiando-se no método hipotético-dedutivo. O resultado desta pesquisa indica que reversão em *Roe* é um alerta para o risco da repercussão de julgados que tratam de princípios morais sensíveis dentro de uma sociedade conservadora, o que pode levar ao retrocesso na conquista dos direitos das minorias. Em contrapartida, o artigo conclui, a partir da interpretação constitucional proposta por Dworkin, que efetivamente a decisão em *Dobbs* apesar de prevista, não se afigura coerente e íntegra, uma vez que, a leitura proposta pelo filósofo estadunidense apresenta bases sólidas que sustentam a constitucionalidade do direito ao aborto tendo como princípio básico a privacidade e o direito de autonomia procriadora.

Palavras-chave: Aborto. Constitucionalidade. Descriminalização. Ronald Dworkin. Suprema Corte norte-americana.

ABSTRACT

The article aims to discuss the (in)constitutionality of abortion, through the confrontation of *Roe vs. Wade* and *Dobbs v. Jackson Women's Health organization* cases of the Supreme Court of the United States of America, as well as the coherence and constitutional integrity of its decisions. Having Ronald Dworkin's theory of integrity as a reference, the theoretical deepening is based on bibliographical and documental research, embodied in the readings of several works, articles and jurisprudential material, supported by the hypothetical-deductive method. The result of this research indicates that reversal in *Roe* is an alert to the risk of the repercussion of judgments that deal with sensitive moral principles within a conservative society, which can lead to a setback in the achievement of minority rights. On the other hand, the article concludes, from the constitutional interpretation proposed by Dworkin, that effectively the decision in *Dobbs*, despite being foreseen, does not seem coherent and complete, since, the proposed reading by the American philosopher presents solid bases which support the constitutionality of the right to abortion, having privacy and the right to procreative autonomy as a basic principle.

Keywords: Abortion; Constitutionality; Decriminalization; Ronald Dworkin; US Supreme Court;

1. INTRODUÇÃO

A questão envolvendo a luta pela descriminalização do aborto é secular. A história mundial reflete a guerra entre grupos antiaborto e seus adversários com divisão não só no âmbito social de opinião moral, religiosa ou filosófica, mas também de índole jurídica, que recai sob o ponto de vista constitucional. Severas críticas foram feitas à intervenção judicial norte-americana na descriminalização do aborto e no reconhecimento do direito à privacidade das mulheres em 1973 e nenhuma decisão judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos gerou tanto escândalo, emoções e violência física entre a sociedade como *Roe vs. Wade*¹. Desde então grupos antiabortivos e conservadores passaram a fazer campanhas para reverter a decisão, obtendo êxito em 24 de junho de 2022², quando a Corte constitucional concluiu ter errado no julgamento de *Roe* e declarou que não existe um direito constitucional ao aborto no país.

A relevância desta pesquisa – que envolve análise de julgados norte-americanos – no âmbito brasileiro radica no fato de que a decisão em *Roe vs. Wade* influenciou vários julgados e legislações pelo mundo. No nosso país, duas decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizaram a fundamentação daquele julgado. A primeira foi proferida em 2012, quando o STF julgou a ADPF 54/DF³ e ampliou a excludente de ilicitude do Código Penal da interrupção da gravidez no feto anencefálico e destacou que o Brasil é uma República laica, reconhecendo a liberdade sexual e reprodutiva, assim como a saúde e a dignidade da mulher. A segunda decisão data de 2016, quando o mesmo Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus 124.306⁴ expressamente

¹ Segundo a decisão original de 1973, as leis penais que proibissem o aborto representavam uma violação de um direito constitucional à privacidade nos termos da Décima Quarta Emenda (OYEZ, 2023).

² Com o julgamento do caso *Dobbs v. Jackson Women's Health organization*. Decisão disponível em: [19-1392 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization \(06/24/2022\) \(supremecourt.gov\)](https://www.supremecourt.gov/opinions/22-1392/syllabus.html). Acesso em 29 mai. 2023.

³ Na ação figurou como advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, o advogado Luís Roberto Barroso que posteriormente passa ser a Ministro daquela corte e redator do HC 124.306. Inteiro teor disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em 20 mai. 2023.

⁴ Nesse julgado em decisão de relatoria do Ministro Marco Aurélio e tendo como redator o Ministro Luís Roberto Barroso, a Corte por maioria decidiu: “[...] conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida

descriminalizou o aborto no primeiro trimestre de gravidez, entendendo que a tipificação penal viola diversos direitos fundamentais da mulher, concedeu a ordem de ofício para revogar a prisão preventiva de dois médicos acusados de manter clínica clandestina, constando da própria ementa a referência de que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido trata como crime a interrupção da gravidez no primeiro trimestre. Enquanto a jovem democracia brasileira dava seus primeiros passos na construção de um controle de constitucionalidade de temas sensíveis e difíceis, o entendimento esposado pela Suprema Corte norte-americana em *Roe vs. Wade* parecia estar consolidado, servindo de inspiração para vários países do Ocidente. A reversão deste julgado, no entanto, gerou novas controvérsias judiciais, que serão analisadas no presente estudo.

A partir deste contexto, o presente artigo é orientado pelo seguinte problema de pesquisa: à luz da teoria de Ronald Dworkin, em que medida se pode afirmar que há comprometimento da coerência e integridade constitucional no julgado da Suprema Corte dos EUA no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health organization*, que reverteu, em 2022, o entendimento daquele órgão jurisdicional referente ao aborto explicitado no julgamento do caso *Roe vs. Wade* na década de 1970? A partir desse problema de pesquisa parte-se da hipótese de que o julgado de 2022 compromete a coerência e integridade do sistema constitucional, porquanto, fundado na criminalização do aborto sob aspecto ético e religioso, em contraposição a preocupação com saúde e integridade física da gestante.

Nesse contexto, o artigo se propõe, como objetivo geral, promover a confrontação dos casos *Dobbs v. Jackson Women's Health organization* e *Roe vs. Wade* da suprema corte dos Estados Unidos da América, bem como, analisar a coerência e integridade constitucional das suas decisões, a partir da teoria dworkiana de leitura do princípio constitucional das liberdades individuais e da inconstitucionalidade da criminalização do aborto.

Para tanto, a estrutura do artigo, que corresponde aos seus objetivos específicos, apresenta três seções. Na primeira, aborda-se a criminalização do aborto no Brasil e nos EUA; na segunda, são apresentados os fundamentos jurídicos do julgado da Suprema Corte dos EUA de 1973; na terceira

do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023). Inteiro teor disponível em:

paginador.jstf.jus.br. Acesso em 01 jun. 2023.



seção, analisa-se o fundamento geral do julgado de *Dobbs v. Jackson Women's Health organization*, de 2022, que reverteu o entendimento da constitucionalidade do aborto para, abordando a teoria de Ronald Dworkin da fidelidade ao texto constitucional e da integridade, efetivamente responder ao problema de pesquisa posto.

Para atingir o objetivo, analisando as consequências da hipótese eleita, o aprofundamento teórico pautou-se na pesquisa bibliográfica e documental, consubstanciada nas leituras de diversas obras, artigos e material jurisprudencial, apoiando-se no método hipotético-dedutivo desenvolvido por Karl Popper, uma vez que, “[...] a Ciência não é capaz de atingir a essência da verdade, mas tão somente da probabilidade. Isso quer dizer que uma teoria científica pode fornecer apenas soluções temporárias para os problemas que enfrenta [...]” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009, p. 69).

2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS PAÍSES OCIDENTAIS

A questão relacionada à criminalização do aborto é objeto de discussão em vários países. Na Alemanha, antes da reunificação da parte ocidental com a oriental em 1989, as leis sobre o aborto eram radicalmente diferentes. Na Alemanha oriental, como em outros países comunistas, o aborto era permitido como um método normal de controle de natalidade. Na Alemanha ocidental o aborto era crime em qualquer fase. O assunto era tão problemático que, durante a transição para reunificação dos países, não se chegou a um acordo admitindo-se, como medida transitória, que a antiga Alemanha oriental continuaria permitindo o aborto e a ocidental criminalizando. Após a unificação, em 1992, o Parlamento acabou por adotar uma lei de conciliação permitindo que as mulheres grávidas decidissem sobre o aborto nos primeiros três meses da gestação (DWORKIN, 2009, p. 3).

Na Polônia, predominantemente católica, onde o aborto era praticamente livre no período comunista, adotou-se, em 1993, lei que é considerada uma das mais restritivas da Europa, perdendo apenas para a Irlanda, que em 1983 aprovou uma emenda constitucional para reconhecer o direito à vida da criança ainda na gestação. Na Espanha e Itália o aborto também é permitido apesar da grande oposição da Igreja Católica. A Grã-Bretanha igualmente permite que a prática seja realizada sem imposição de pena. (DWORKIN, 2009, p. 4).

Na América do Sul, dos treze países que integram o Continente, o aborto é legalizado na Argentina (até 14 semanas), no Uruguai (até 12 semanas), na Guiana (até 08 semanas) e na Guiana Francesa, que seguem a legislação francesa é permitido o aborto até 12 semanas (CARDOSO; GUIMARÃES, 2022).

Já na Colômbia, a Corte Constitucional daquele país, em 21 de fevereiro de 2022, declarou ser inconstitucional a penalização da gestação até a 24ª semana⁵, tornando-se assim o mais novo país sul-americano a descriminalizar tal prática, fato que ocorreu quando a reversão de *Roe vs. Wade* pela Suprema Corte dos EUA já tomava conta do debate mundial, posto que, àquela decisão vem provocando discussões sobre um novo mundo de conflitos legais complexos e interjurisdicionais, abrindo um novo campo de batalha sobre o aborto, como alertaram Cohen; Donley e Rebouché (2023).

No cenário brasileiro aponta-se que, no início da exploração do país pelos portugueses e dizimação dos povos indígenas, o aborto, aparentemente, era praticado livremente entre os povos originários. A prática “[...] tinha o condão de vingança oposta pela mulher grávida ao marido que a maltratava. Também o infanticídio se constituía em indiferente penal”. (PIERANGELI, 2001, p. 43)

Com a expansão do projeto de exploração do Brasil pelos portugueses, a primeira legislação vigente - Ordenações Filipinas -, aprovada em 1603, nada falava sobre o aborto. A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil (1808) deu início aos primeiros passos de emancipação política. Em 1830 foi promulgado o Código Criminal do Império, prevendo na Secção III o crime de aborto, mais especificamente nos artigos 199 e 200⁶. Observa-se que a punição era prevista tão somente para quem praticasse o aborto, não prevendo qualquer punição para a gestante que o praticasse ou permitisse sua prática, ou seja, a criminalização visava à proteção da mulher e não sua punição.

Com a Proclamação da República o Governo expediu o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, e tratou no capítulo IV o crime de aborto em três artigos, do 300 a 302⁷. Ao contrário da legislação anterior passou a punir a mãe que provocasse ou permitisse que se praticasse o aborto.

⁵ Na sentença C-055-22, o Tribunal declara exigível a criminalização do crime de aborto consentido, não configurando crime quando a conduta é praticada antes da 24ª semana de gestação e, sem sujeito a esse limite, quando o apresentar os fundamentos abordados pelo acórdão C-355 de 2006. Finalmente, impõe ao congresso da república e o governo nacional a formular e implementar uma política pública abrangente sobre o assunto. Inteiro teor disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20de%20prensa%20Sentencia%20C-055-22%20-%20Febrero%2021-22.pdf>. Acesso em 28 mai. 2023

⁶ “[...] Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas – dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes.

Penas – dobradas.” (BRASIL, 1830).

⁷ “[...] Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dois a seis annos.

Em 1937, o Presidente Getúlio Vargas rompe a ordem a constitucional e surge uma nova legislação penal, que é o Código Penal de 1940, ainda em vigor, e que continuou criminalizando o aborto⁸ nos seus artigos 124, 125 e 126. A legislação penal prevê as hipóteses de aborto legal, não sendo punível o aborto praticado por médico quando considerado necessário para salvar a vida da gestante e se a gravidez é resultante de estupro (artigo 127, do CP).

Em 2012, após oito anos de tramitação da ADPF 54⁹, o STF ampliou o rol das hipóteses de aborto legal, para incluir o aborto, por decisão da gestante, nas situações de anencefalia do feto (BRASIL, 2012). A discussão, sempre polêmica, começou a tomar outros rumos no Brasil, passando-se a questionar, mesmo que timidamente, a constitucionalidade do direito ao aborto.

No contexto dos Estados Unidos, a guerra relacionada à (des)criminalização do aborto sempre foi extrema. Por um lado, havia a ambivalência norte-americana diante das questões religiosas, com poderosos grupos de veneração e de outro os importantes movimentos feministas progressistas (DWORKIN, 2009, p. 5).

Aponta-se que a principal causa da natureza beligerante que envolve o debate do aborto nos Estados Unidos se dá porque, ao contrário dos países onde a legislação sobre o aborto foi formada por acordos políticos e legislativos, lá a questão se deu por decisão da Suprema Corte de 1973 (*Roe*

No segundo caso: - pena de prisão celluar por seis mezes a um anno. § 1º

Si em consequência do abôrto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão celluar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

Art. 301. Provocar abôrto com anuência e accordo da gestante:

Pena - de prisão celluar por um a cinco annos.

Paragrapho único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra própria.

Art. 302. Si o médico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessário, para salvar a gestante de morte inevitável, occasionar-lhe a morte por imperícia ou negligencia:

Pena - de prisão celluar por dous mezes a dous annos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação [...]” (BRASIL, 1890).

⁸ “[...] Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três annos

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez annos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro annos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze annos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico

Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal [...]” (BRASIL, 1940)

⁹ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que respaldou a interrupção da gravidez em casos de anencefalia.

v. *Wade*), questionando-se sua legitimidade. Antes deste caso paradigmático o aborto era considerado crime em todas as fases na maioria dos Estados norte-americanos, e essa reconstrução cai por terra se considerar a premissa que:

[...] os melhores dados históricos de que dispomos demonstram que mesmo as leis antiaborto, que praticamente não existiam nos Estados Unidos antes de meados do século XIX, foram adotadas para proteger a saúde das mães e os privilégios dos médicos, e não em virtude de um reconhecimento dos direitos do feto. (DWORKIN, 2019a, p. 76)

Os Presidentes Ronald Reagan e George Bush foram eleitos com a promessa de buscar a revogação de *Roe* e “[...] impuseram às nomeações judiciais os critérios ideológicos mais rigorosos e jamais vistos nos Estados Unidos” (DWORKIN, 2009, p. 8). E isso foi observado não apenas para a nomeação dos Juízes da Suprema Corte, mas também para os tribunais federais inferiores. Em 1992 previa-se que pelo menos quatro dos cinco juízes indicados ao Tribunal Constitucional votariam pela revogação do caso *Roe v. Wade*. Contudo, surpreendentemente, no julgamento de *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* três dos juízes nomeados por Reagan e Bush “[...] anunciavam que apoiavam o caso *Roe v. Wade*” (DWORKIN, 2009, p. 9).

Na campanha Presidencial de Bill Clinton de 1992 este deixou claro que não nomearia para Suprema Corte quem pudesse votar contra a revogação da decisão que garantia o direito ao aborto (DWORKIN, 2009, p. 9). Um dos três votos dissidentes da anulação de *Roe* em 2022 foi justamente o de Stephen G. Breyer, por ele nomeado, responsável por escrever o voto da minoria.

Desde o julgamento do caso, em 1973, grupos antiabortivos e conservadores propuseram emendas constitucionais, patrocinaram projetos de lei pedindo que o Congresso reconhecesse que a vida do feto começa com a concepção. Campanhas políticas foram feitas em torno da reversão do julgado que sobreviveu por quase cinquenta anos, mas não sobreviveu às três indicações de Donald Trump para composição da Suprema Corte. Donald Trump foi o único dos presidentes a “cumprir” a promessa de campanha de nomear juízes para reverter o julgado. Dworkin (2009), defensor da decisão, sempre alertou que *Roe* estava em risco. É sobre este Caso que se ocupa a seção a seguir.

3. *ROE VS. WADE*: O JULGADO QUE RECONHECE O DIREITO CONSTITUCIONAL AO ABORTO

O caso *Roe v. Wade* é o mais famoso julgamento da Suprema Corte dos EUA. É mais conhecido do que *Marbury v. Madison* (1803) que inaugurou o controle de constitucionalidade por via judiciais (KLAUTAU FILHO, 2003) ou *Dred Scott v. Sandford*, de 1857, decisão que ajudou a deflagrar uma guerra civil norteamericana após a Corte decidir que escravos eram propriedade privada. Pode-

se afirmar que o caso ora analisado é até mesmo mais famoso que *Brown vs. Board of Education* (1953) decisão considerada de extrema relevância, pois reconhece a inconstitucionalidade da segregação racial, dando início à construção da ideia de igualdade para a minoria negra.

Apontam os juristas que nenhum julgado supera *Roe vs. Wade* na abordagem ao direito à privacidade (*right to privacy*), denominados direitos de primeira geração. Estes direitos, segundo ampla doutrina, dotam o cidadão de armas contra o Estado “[...] negando ou dificultando a este interferir na esfera individual de cada ser humano” (SOUTO, 2021, p. 254). A controvérsia do julgamento é considerada um divisor de águas e o germe da chamada “nova direita” na seara política. (FONTELES, 2021, p. 152).

O tema aborto, por outro lado, como já afirmado na seção precedente, provoca discussões em todas as partes do mundo e, em uma sociedade conservadora como a norte-americana, não poderia ser diferente. Os críticos mais ferozes do julgamento afirmam que o Tribunal autorizou o homicídio (DWORKIN, 2009, p. 139), com o argumento de que o feto é uma pessoa a partir da concepção e seu direito à vida é mais importante do que qualquer razão que a mulher possa ter para interromper a gestação. Na presente pesquisa, no entanto, parte-se da conclusão dworkiana no sentido de que a melhor interpretação do direito e da prática norte-americana são no sentido de que o feto não é uma pessoa constitucional.

Portanto, como afirmado, não se pretende analisar o julgado sobre o aborto sob os aspectos morais ou religiosos, ou discutir se o feto tem interesses próprios, ou qualquer outra discussão filosófica – afinal esse é o debate de séculos e vai continuar dividindo opiniões. O que se quer analisar é se *Roe* invadiu a esfera legislativa ou se efetivamente agiu corretamente ao afirmar que a criminalização do aborto é inconstitucional, adentrando nas questões expostas para sua anulação.

Nesse escopo, inicialmente, cumpre salientar que o ponto crucial é saber quais os argumentos, do ponto de vista constitucional, convenceram a maioria dos juízes a assim decidir em 1973, pois somente a partir dessa análise é que se poderá trazer a resposta para o problema de pesquisa que orienta este estudo. O ponto de partida, segundo Dworkin (2009) é a discussão se a privação de uma mulher grávida acerca do direito de prosseguir ou não na gestão atinge sua liberdade individual.

A sociedade norte-americana se proclama conservadora e na década de 1970, vários Estados restringiam o aborto para situações excepcionais. O Texas era um desses Estados. A lei texana que proibia o aborto foi questionada por Jane Roe, nome fictício de Norma McCorvey¹⁰, cidadã norte-americana, solteira e grávida que não pretendia prosseguir com a gravidez e resolveu impugnar a

¹⁰ Que temendo a repercussão do caso requereu que fosse identificada como Jane Roe (PRAGER, 2022). Ao contrário do ocorre no Brasil, nos EUA quando é deferido a tramitação em segredo de justiça, essa não é identificada por um número, mas sim pela adoção de nome fictício.

vedação normativa, sob o argumento que a lei estadual estava em desacordo com a Constituição que protegia seu direito à liberdade, no qual se incluiria o direito ao aborto. (SOUTO, 2021, p. 256).

A lei do Texas que criminalizava o aborto era de 1859 e, assim como Código Criminal do Império do Brasil, originalmente, não punia a mulher que praticasse ou permitisse que praticasse o aborto, mas tão somente aqueles que o praticavam. Ultrapassada a barreira do interesse de agir¹¹, o pedido de autorização para o aborto foi judicializado em março de 1970, sustentando-se a inconstitucionalidade da legislação estadual, e dois meses depois transformou-se em uma *class action* possibilitando a representação de todas as mulheres grávidas do país (SOUTO, 2021, p. 256).

A tese apresentada por *Roe* se fundamentava no seu direito à liberdade e privacidade sendo aceita pela maioria dos juízes da Corte de apelação do Texas que reconheceram a inconstitucionalidade da lei questionada: “[...] As leis do Texas sobre o aborto devem ser declaradas inconstitucionais porquanto elas suprimem o direito da mulher solteira e dos casais, assegurado pela Nona Emenda, em escolher se devem continuar com a gravidez”. (SOUTO, 2021, p. 257)

O caso chegou à Suprema Corte em 1971 e lá “[...] 41 *amicus curiae* se juntaram a *Roe*, dentre eles organizações médicas de âmbito nacional, teólogos, antropólogos, todos sustentando o direito ao aborto” (SOUTO, 2021, p. 256). O julgamento na Suprema Corte foi longo e tumultuado. Ao final confirmou-se o entendimento pela inconstitucionalidade da lei do Texas, garantindo a *Roe* o direito ao aborto fundado na autonomia pessoal e direito à privacidade, sendo designado para emitir o voto majoritário o *justice* Harry Blackmun¹². Obviamente, quando do julgamento, *Roe* já havia dado à luz e o feto que pretendia abortar já era um cidadão norte-americano tendo o *justice* afastado a possibilidade da inexistência de agir por entender que o caso era de interesse de todas as mulheres. (SOUTO, 2021, p. 258)

Na abordagem histórica, isso é um ponto relevante, pois em *Dobbs* essa abordagem vai em sentido oposto. O *justice*, segundo Souto (2021, p. 258), registrou que:

[...] a lei estadual impugnada não se relacionava com as origens do *common law* ou de estatutos antigos (vale dizer, não integrava a tradição histórica-social-normativa da sociedade anglo-saxã); seu fundamento – da lei – residia em questões sanitárias, de segurança para a saúde da mulher grávida, preocupação própria do início do século XIX, e que não mais persistia na década de 70 do século XX, até porque o aborto à época (anos 70, então tão ou mais seguro que o próprio parto).

¹¹ Como não havia punição para a mãe que praticasse o aborto, havia o entendimento que somente a pessoa que praticaria o aborto teria legitimidade para questionar o aborto.

¹² Nomeado pelo Presidente Richard Nixon em 1970 conhecido como um dos juízes mais liberais da corte.

No julgamento, o Tribunal declarou (por sete votos a dois) que a legislação do Texas que criminalizava o aborto era inconstitucional, indo além ao afirmar que “[...] qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez – antes do sétimo mês – era inconstitucional.” Assim, a proibição do aborto pelos Estados, para proteção do feto, só poderia ocorrer no terceiro trimestre, onde a “[...] incidência de abortos é de apenas 0,01% em sua maior parte por razões médicas” (DWORKIN, 2009, p. 7). Em outras palavras, definiu-se que o direito ao aborto não era absoluto e que o Estado poderia legislar para exigir um prazo máximo de gravidez.

A Suprema Corte então, em 22 janeiro de 1973, reconhece que o aborto é um direito constitucional da mulher, levando em consideração seu direito à privacidade, permitindo tão somente limitação de período de gestação, modelo que foi seguido por vários países. Em razão da sua relevância, *Roe* é considerando o mais polêmico julgamento de ordem política e jurisdicional dos Estados Unidos da América. Mesmo com a legalização do aborto, atentados continuaram sendo praticados contra médicos e clínicas de abortamento por décadas.

A história norte-americana revela períodos sombrios de ataques e mortes, em uma verdadeira guerra entre grupos pró e contra aborto. Como exemplo, pode-se citar a morte de duas recepcionistas em 1994 na cidade de Boston, e outras cinco feridas, episódio que o presidente Bill Clinton classificou como *atentado terrorista doméstico*. George Killer, médico e dono de uma das poucas clínicas que prestavam serviço de interrupção de gravidez, foi assassinado em 2009 por conta de sua atividade profissional, gerando comoção nacional e pronunciamento do então presidente Barack Obama. (FONTELES, 2021, p. 153). Trata-se de exemplos de uma onda de violência em protesto ao julgado. É o que a criminologia contemporânea denomina vigilantismo.

A reação não foi só popular. As reações legislativas foram inúmeras e porque não dizer cruéis. Algumas leis, conforme exemplificadas por Fonteles (2021, p. 155), determinavam que o abortamento só seria viável se a gestante “[...] assistisse ao seu exame de ultrassom, testemunhando as imagens dos movimentos do filho no útero”, ou quando em alguns caso a mãe era obrigada a ouvir os batimentos cardíacos do feto e, somente após essas etapas era permitindo o consentimento, mas não sem antes 24 horas de reflexão.

No plano nacional foi aprovado pelo Congresso o *Partial-Abortion Ban Act (2003)* como limitação do direito ao aborto a depender do estágio da gestação, banindo o aborto no segundo trimestre de gravidez. Isso se deu antes que os democratas conquistassem a maioria legislativa. O ato normativo sofreu oposição de grupos a favor do direito à privacidade e da liberdade de autonomia das mulheres em decidir se continuam ou não com a gravidez, independentemente do estágio, tendo sua constitucionalidade questionada. O caso chegou à Suprema Corte que, em abril

de 2007, por maioria, decidiu ser constitucional a “lei de proibição do aborto com nascimento parcial”, superando várias decisões de cortes federais que haviam entendido pela sua inconstitucionalidade. (SOUTO, 2021, p. 260).

4. **DOBBS V. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION¹³: O JULGADO DO RETROCESSO E O DIREITO CONSTITUCIONAL AO ABORTO A PARTIR DA LEITURA DE DWORKIN**

Para análise desse tópico, parte-se de duas afirmativas de Ronald Dworkin (2009): a primeira de que, assim como decidido em *Roe*, o feto não é uma pessoa de direitos a partir da concepção; a segunda, de que a Corte Constitucional tem legitimidade democrática para revogar leis inconstitucionais para proteção de direitos, mesmo quando a maioria se posiciona contra. É esse o debate constitucional proposto para a análise, nesta seção, do julgado que entendeu pela inexistência do direito constitucional ao aborto.

Após quase 50 anos do julgamento de *Roe vs. Wade* o tema chega novamente à Suprema Corte dos EUA, quando se discutiu a constitucionalidade da Lei da Idade gestacional do Estado do Mississippi, prevendo que, exceto em caso de emergência ou no caso de uma anomalia fetal grave, não seria possível realizar, conscientemente, um aborto em caso de gravidez acima de 15 semanas. O Estado de Mississippi defendia a constitucionalidade da sua legislação de proibição do aborto, requerendo que a Corte reconsiderasse os julgamentos em *Roe* e *Casey* para permitir que cada Estado possa regular a questão do aborto de acordo com o que seus cidadãos desejarem.

Após meses de julgamento, a Suprema Cortes dos EUA, em 22 de junho de 2022, afirma que o aborto não é um direito constitucional. A partir desse dia, priva as mulheres grávidas da liberdade de escolha da própria gestação, forçando-as a ter uma criança que não desejam, deixando de ser donas, portanto, de seu próprio corpo. Ignora-se que, para muitas mulheres, ter filhos indesejados pode destruir a própria vida, seja porque ainda são elas próprias crianças, seja porque não poderão mais trabalhar, seja ainda pela total ausência de estrutura financeira, ou mesmo porque não poderão seguir a vida de acordo com suas escolhas.

Potencializa-se essa escravidão do corpo feminino quando a gravidez decorre de uma violência sexual, ou quando a criança venha a nascer com graves deficiências físicas ou mentais. Dworkin (2009, p. 143) aponta que a adoção, mesmo quando possível, não ameniza esse prejuízo, citando a entrevista de uma mãe que entregou o filho para adoção e afirma que não teria condições de

¹³ As referências do julgado são abordadas em tradução livre dos autores. Íntegra da decisão disponível em: Decisão disponível em: [19-1392 Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization \(06/24/2022\)](https://www.supremecourt.gov/opinions/2205/02/2022-06-24%20Dobbs%20v.%20Jackson%20Women's%20Health%20Organization.pdf) ([supremecourt.gov](https://www.supremecourt.gov)). Acesso em 29 mai. 2023.

novamente fazê-lo, mesmo que a outra opção fosse o aborto: “[...] psicologicamente, disse ela, eu não poderia suportar outra adoção. Precisei de quatro anos e meio para superar o trauma da primeira. Simplesmente me recusaria a passar por isso de novo”.

Em *Roe* a Corte declarou que uma mulher grávida tem “[...] um direito constitucional específico à privacidade em questões procriação e que esse direito geral inclui o direito ao aborto” (DWORKIN, 2009, p. 145). Em *Dobbs* o julgado estabelece uma construção histórica, diga-se equivocada, apontando que durante os primeiros 185 anos após a adoção da Constituição norte-americana, cada Estado era autorizado a abordar a questão do aborto de acordo com os pontos de vista de seus cidadãos. A decisão menciona que a grande maioria dos Estados criminalizava o aborto, mas deixa de referenciar que, inicialmente, não se punia a gestante. O julgado ressalta apenas que o aborto há muito era um crime em todos os Estados e, até a última parte do século XX, não havia apoio na lei americana para o direito constitucional de obter um aborto. Por fim, destacou que até alguns anos antes de *Roe* nenhum Tribunal Federal ou estadual havia reconhecido tal direito.

No julgado o Justice Samuel Alito apresenta um apêndice onde constam todos os Estados existentes em 1868 que criminalizavam o aborto¹⁴ e os Estados e Territórios que se tornaram parte dos EUA após essa data e que também criminalizavam o aborto para justificar que o aborto¹⁵ não seria um direito constitucional. Ignora o julgador, no entanto, que as legislações iniciais não puniam a gestante.

Além disso, em *Dobbs* a Suprema Corte mantém a cláusula do devido processo legal para garantir alguns direitos que não são mencionados na Constituição, com a ressalva que estes devem estar profundamente enraizados na história e tradição da nação e implícitos no conceito de liberdade, concluindo o Tribunal que o direito ao aborto não encontra apoio em evidências históricas relevantes, afastando, portanto, sua constitucionalidade.

Ressalta o julgado que quando a 14ª Emenda foi adotada três quartos dos estados já criminalizavam o aborto em qualquer estágio da gravidez, consenso que perdurou até a decisão de *Roe* e que foi reafirmada em *Planned Parenthood vs. Casey* trazendo vários argumentos para se apoiar sua perspectiva histórica da questão.

¹⁴ Relação de 37 estados americanos existentes em 1868 que criminalizavam o aborto em qualquer fase da gestação: Missouri (1825), Illinois (1827), New York (1828), Ohio (1834), Indiana (1835), Maine (1840), Alabama (1841), Massachusetts (1845), Michigan (1846), Vermont (1846), Virginia (1848), New Hampshire (1849), New Jersey (1849), Califórnia (1850), Louisiana (1856), Wisconsin (1858), Kansas (1859), Connecticut (1860), Pensilvânia (1860), Rhode Island (1861), Nevada (1861), West Virginia (1863), Oregon (1864), Nebraska (1866), Maryland (1868), Florida (1868), Minnesota (1873), Arkansas (1875), Georgia (1876), Carolina do Norte (1881), Delaware (1883), Tennessee (1883), Carolina do Sul (1883), Kentucky (1910), Mississippi (1952). – p. 79-101 da decisão

¹⁵ Havaí (1850), Washington (1854), Colorado (1861), Idaho (1864), Montana (1864), Arizona (1865), Wyoming (1869), Utah (1876), Dakota do Norte (1877), Dakota do Sul (1877), Oklahoma (1890), Alasca (1890), Novo México (1919), Novo México (1919), Distrito da Columbia (1901). – p. 101-107 da decisão.

Em *Dobbs* os *Justices* buscaram uma interpretação que chamam de “originalista”, ressaltando que a Constituição norte-americana não faz menção ao aborto ao afirmar que “[...] obter um aborto não é um direito constitucional fundamental por que tal direito não tem base no texto Constitucional ou na história da nossa nação”¹⁶. Esse debate ingressa justamente na distinção proposta por Dworkin (2010) entre fidelidade ao texto constitucional e fidelidade da prática constitucional do passado.

Essa distinção fica muito clara na obra “A Justiça de Toga”, justamente quando Dworkin (2010a) traz a promessa de George W. Bush no segundo mandato, de indicação de juízes para Suprema Corte fiéis a Constituição e não convicções pessoais, citando o caso *Dread Scott* de 1857¹⁷, como exemplo do tipo de decisão que queria evitar. Contudo, para Dworkin (2010a), por não ser Bush um estudioso da Constituição este estava errado, pois a Constituição original previa a escravidão, concluindo que o que queria dizer Bush é que não indicaria o tipo de juiz que votou com a maioria no caso *Roe vs. Wade*.

Ronald Dworkin debateu o caso *Roe v. Wade* em várias de suas obras e em *Freedom's Laws*¹⁸ de 1996 dedicou o primeiro capítulo para falar do risco de reversão que do julgado, sempre enfatizando que o debate em torno de *Roe* não tem cunho teleológico no sentido de existência ou não de alma do feto, e sim de uma questão jurídica sobre a correta interpretação constitucional “[...] questão essa que, em nosso sistema político, tem de ser decidida de um jeito ou de outro, pelo judiciário, pela Suprema Corte, e, não politicamente”, defendendo o filósofo pela legitimidade constitucional da Suprema Corte para decidir sobre a questão.

Em *Roe*, como visto, decidiu-se que o feto não é uma pessoa constitucional antes do nascimento, pois se o feto fosse uma pessoa constitucional a decisão seria errada, porque o feto estaria protegido pela 14ª Emenda da constituição americana que declara que nenhum estado pode negar a qualquer pessoa igual proteção das leis (DWORKIN, 2019a, p. 71-73).

A revogação de *Roe* e *Casey*, ocorreu porque ela (a maioria) nunca aceitou a decisão, e agora essa maioria deixa para os estados a responsabilidade de regulamentar a matéria, porque a Corte constitucional entendeu que o parto forçado não viola os direitos da mulher à igualdade e liberdade,

¹⁶ Tradução livre da autora do julgado.

¹⁷ A Suprema Corte considerou que os escravos como Scott não eram cidadãos sob a Constituição com base em interpretações de uma cláusula que permitia expressamente a importação de escravos e a posse deles como propriedade. A Corte não fez distinção entre direitos de propriedade sobre escravos e direitos de propriedade mais gerais, afirmando que o governo não pode interferir nos direitos de qualquer propriedade de um cidadão privado. A Corte enfatizou que os direitos concedidos a um indivíduo em um determinado estado – como os de um escravo liberto – “seriam restritos ao estado que os concedeu”.

¹⁸ Traduzido no Brasil pela editora Martins Fontes como: O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte americana.

ou seja, concluiu que o estado pode forçar uma mulher a levar a gravidez até o fim, mesmo a custos pessoais e familiares excessivos¹⁹.

Abordando a teoria de Ronald Dworkin, que tanto se debruçou para escrever sobre *Roe*, conclui-se que em *Dobbs* houve um erro de interpretação apropriada da integridade constitucional, isso porque, segundo Dworkin (2010a, p. 169), constitucionalistas costumam defender fidelidade constitucional como fidelidade ao texto, fidelidade dos denominados “originalistas constitucionais”²⁰.

Reflete o jus filósofo que a maioria dos cidadãos espera que a Suprema Corte cite a Constituição norte-americana para justificar suas decisões constitucionais, mas em contrapartida, órgãos governamentais tomam decisões importantes “[...] para as quais não se exige nenhum argumento de fidelidade a qualquer texto ou tradição[...]” e para isso se utilizam do argumento que delas resultará vantagens e benefícios futuros, pois para Dworkin (2010a, p. 170)

[...] já de início, não devemos excluir a possibilidade de que, na jurisdição constitucional, essas justificativas voltadas para o futuro sejam mais apropriadas do que a fidelidade textual, voltada para o passado, [...]”. - (DWORKIN, 2010a p. 170)

Trata-se da visão “iluminista” do Judiciário defendida no Brasil por Luís Roberto Barroso (2018a). Nessa linha a interpretação constitucional deve conferir o melhor sentido possível a um evento histórico, alguém falando ou escrevendo de modo particular em uma ocasião particular de tal forma que não se deve tentar achar resposta do zero ignorando as respostas que outros, especialmente os juízes, já lhes deram no passado, em respeito a integridade da constitucional, deve-se buscar resposta que combinem bem com nossas práticas e tradições (DWORKIN, 2013, p. 174-175). Nesse sentido, conclui Dworkin (2010a, p. 176),

[...] que o juízo moral necessário para se aplicar os princípios morais abstratos da Constituição se veja cerceado pela história e pelo precedente, em virtude das injunções da integridade jurídica, é evidente que tal juízo não é um refém dessa história.

Para Dworkin (2010a, p. 176) é uma falácia concluir que as intenções semânticas dos estadistas históricos, pudessem determinar “[...] o que o documento por eles criados afirma, que a fidelidade ao que eles afirmam significa aplicar o documento do modo como eles esperavam ou previam que fosse aplicado”. Segundo o autor, um texto, não é apenas uma sequência de letras e espaços: ele é composto de proposições, daí porque entende difícil conciliar a alegação de fidelidade textual, com

¹⁹ Tradução livre do voto dissidente do julgado.

²⁰ Para Dworkin mesmo a fidelidade textual, leva a conclusão diversa da Bush e outros originalistas em relação a interpretação de *Roe*.

qualquer estratégia interpretativa, pois para ele a fidelidade abstrata à Constituição disciplinada pela integridade, exige que juízes, juristas e legisladores que interpretam a Constituição emitam novos juízos morais sobre questões que dividem como aborto, justiça racial etc., e essa fidelidade pode ser superada, por exemplo, pela justiça onde juízes de boa-fé, vendo a sociedade sobrecarregada por acordo constitucional injusto, poderiam ignorar essa Constituição. (DWORKIN, 2010a, p. 188)

Portanto, observando a teoria da integridade de Dworkin e afastada a legitimidade do Judiciário e se o feto é sujeito de direitos, questiona-se: A constituição dos Estados Unidos menciona o direito ao aborto? As mulheres têm o direito constitucional de autonomia procriadora? Ao reverter a decisão em *Roe* concluiu-se que as mulheres não têm o direito constitucionalmente protegido a autonomia procriadora.

Para Dworkin 2009, p. 210),

Se pretendemos a responsabilidade, no final devemos deixar os cidadão livres para decidir como lhes parecer melhor, pois é isso que implica responsabilidade moral. Contudo, se nosso objetivo for a conformidade, exigiremos, ao contrário, que os cidadão ajam de uma maneira que poderia ser contrária a suas próprias convicções morais; isso os desestimula, em vez de incentivá-los a desenvolver seu próprio senso de quando e por que a vida é sagrada.

Para Dworkin (2019a), o direito de autonomia procriadora surge de qualquer interpretação competente da cláusula do processo legal justo, bem como das sentenças anteriores do tribunal que a tenham aplicado, desde que se entenda a Constituição como uma carta de princípios. Aliás “A concepção de uma Constituição de princípios favorece o direito constitucional ao aborto [...], a visão da Constituição como um conjunto de princípios um grande tesouro nacional que herdamos de nossos predecessores, e os partidários de todas as linhas políticas devem se unir para defendê-la e protegê-la” (p. 207)

O filósofo estadunidense também destaca que a Primeira Emenda da Constituição americana proíbe a imposição de uma religião pelo estado e garante aos cidadãos o livre exercício de sua própria religião, ou seja, para ele esse dispositivo também assegura a autonomia procriadora. Alerta ainda, que a defesa do direito ao aborto a partir da leitura da Primeira Emenda é mais complexa, no entanto, ela esclarece a importância do debate nacional e “[...] ilustra tanto o poder quanto a força coercitiva do ideal de integridade jurídica” (2009, p. 224)

Para Dworkin, contrariamente do que foi decidido em *Dobbs* o direito à autonomia procriadora está bem fundamentado na Primeira Emenda “[...] e seria assombroso que um direito tão básico também não figurasse na melhor interpretação da liberdade e da igualdade constitucionais [...]” (2009, p. 232) ou em melhor palavras:

[...] seria assombroso que os juristas que aceitaram o direito de autonomia procriadora também não tivessem pensado que esse direito é fundamental para o conceito de liberdade com ordem, estando, por este motivo, protegido pela cláusula de processo legal justo, ou que faz parte daquilo que é exigido pela igual consideração do governo para com todos os cidadãos, estando por esse motivo protegido pela cláusula de igual proteção.

[...]

O direito à autonomia procriadora tem um lugar importante não apenas na estrutura da Constituição norte-americana, mas também na cultura política ocidental em termos gerais. A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como a responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções. (DWORKIN, 2009, p. 232-233)

A partir da interpretação constitucional proposta por Dworkin, portanto, observa-se que efetivamente a decisão em *Dobbs* apesar de prevista, foi errada, pois a leitura constitucional proposta pelo doutrinador apresenta bases sólidas que sustentam a constitucionalidade do direito ao aborto tendo como princípio básico a privacidade e o direito de autonomia procriadora. A reversão do julgado fundada em uma bandeira política conservadora e um retrocesso na conquista das mulheres, comprometendo a sua cidadania, uma vez que, a integridade defendida por Dworkin (2010a) “[...] exprime a concepção correta da igualdade da cidadania”.

Como já destacaram Meleu e Thaines (2021) a proposta dworkiniana de integridade dispõe de um arcabouço de padrões, que permite ao aplicador identificar direitos e deveres legais com base na origem de sua instituição, confrontando-os com uma prática social argumentativa²¹. Isso permite estabelecer princípios de justiça a partir dos deveres que a teoria considera fundamentais.

5. CONCLUSÃO

Aos Tribunais Constitucionais é dado o poder de interpretar a Constituição de seu país, obedecendo os limites, métodos e princípios aplicáveis a própria interpretação constitucional e em suas atuações, obrigatoriamente necessitam avançar em questões morais, sociais, econômicas e políticas de interesse de toda a sociedade brasileira. O problema está quando há um embate entre a decisão e os seus efeitos na sociedade.

²¹ Como já pontou Lenio Streck (2013), o novo paradigma do Estado Democrático de direito pressupõe a transformação da realidade social, desde que, se supera a crise da Constituição, por intermédio de uma conexão entre a política e a referida realidade. Sobre a categoria “Política Constitucional” consultar Meleu e Thaines (2018).

Desde os presidentes Ronald Reagan e George Bush²² as campanhas presidenciais prometiam a indicação de juízes conservadores capazes de mudar o precedente e a reversão se deu após o governo do Presidente Donald Trump proceder três nomeações²³ para Suprema Corte²⁴, os quais compuseram o voto da maioria na revogação do julgado, contra apenas três votos a favor de *Roe*²⁵.

Portanto, no presente artigo partiu da concepção constitucional da democracia dworkiana que concluiu pela legitimidade do judiciário em decidir temas morais sensíveis, em especial o relacionado ao aborto, superando, assim, o questionamento se poderia ou não a Corte constitucional deliberar sobre o tema. Também, partiu-se da conclusão de que o feto não é uma criança indefesa não nascida, com direitos e interesses próprios a partir do momento da concepção, a abordagem proposta se limitou a analisar se as mulheres têm ou não direito constitucional ao aborto.

A rejeição as decisões judiciais provenientes desses Tribunais não raras vezes levam a grandes debates de cunho político e a uma ampliação de manifestação públicas. O tema do aborto e o julgamento de *Roe* e sua reversão *Dobbs* com destaque no mundo inteiro representa muito bem a tensão entre supremacia judicial e o constitucionalismo popular, onde o *judicial review* foi apontando como instituto antidemocrático.

Desde o reconhecimento do direito constitucional americano ao aborto em 1973 as campanhas presidenciais traziam como bandeira a manutenção ou revogação do julgado invocando-se questões morais, políticas, religiosas e jurídicas na proteção do feto pelo estado. O direito à privacidade e liberdade de escolha de procriação se revela em segundo plano, como de pouca relevância, pois assim não fosse, na construção histórica do julgado em *Dobbs* a Corte ao invés de destacar que antes de *Roe* a grande maioria dos estados penalizava o aborto, consideraria que as primeiras

²² Ambos representantes do Partido Republicano reconhecido mundialmente como de perfil conservador, moralista com utilização de uma concepção religiosa que levou a ascensão do próprio George Walker Bush ao poder no início do século XXI predominando até 2007 quando dos democratas obtiveram a maioria em ambas as casas acabando por obter a presidência da Câmara dos Deputados - Nancy Pelosi, a primeira mulher exercer esse cargo. (SOUTO, 2021, p. 260)

²³ São eles: Brett Kavanaugh, Neil Gorsuch e Amy Cony Barret. Diferentemente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que é composto de 11 (onze) Ministros, a Suprema Corte dos Estados Unidos é formada por 09 (nove) juízes. Assim, as nomeações de Donald Trump alcançaram 30 % de sua composição.

²⁴ A Suprema Corte dos EUA é composta por 09 justices e a composição quando da reversão de *Roe vs. Wade* era: (1) John Roberts: posse em 29/09/2005 e nomeado pelo Presidente G.W.Bush; (2) Clarence Thomas: posse em 23/10/1991 nomeado pelo Presidente G.H.W. Bush; (3) Samuel Alito: posse em 31/01/2006 nomeado por G.W.Bush; (4) Sonia Sotomayor: posse 08/08/2009, nomeada por Barack Obama; (5) Elena Kagan: posse 07/08/2010, nomeada por Barack Obama; (6) Neil Gorsuch: posse 10/04/2017, nomeado por Donald Trump; (7) **Brett M. Kavanaugh: posse 06/10/2018, nomeado por Donald Trump;** (8) **Amy Coney Barrett: posse 27/10/2020, nomeada por Donald Trump;** (9) Stephen G. Breyer: posse 03/08/1994 nomeado por Bill Clinton e era o presidente da Corte quando do julgamento, aposentando-se uma semana após a proclamação do julgamento. <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx> - acesso em 01/jun./2022.

²⁵ Sonia Sotomayor e Elena Kagan, mulheres nomeadas pelo Presidente Barack Obama e Stephen G. Breyer, nomeado por Bill Clinton.

legislações não puniam a mulher e que o aborto foi criminalizado para proteção da saúde das mulheres, pelas precárias condições que eram realizadas no século XIX.

A reversão em *Roe* é um alerta para o risco da repercussão de julgados que tratam de princípios morais sensíveis dentro de uma sociedade conservadora podem levar ao retrocesso na conquista dos direitos das minorias. A história revela um possível e nexos entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfiada revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão. Sempre que os tribunais se precipitam em desacordos morais delicados que a sociedade ainda não amadureceu, é como se houvesse um gatilho político escondido.

Ao longo da história, alguns avanços foram feitos, contra o que se entendia como senso comum, baseado na vontade majoritária da sociedade, basta lembrar que a escravidão enfrentou fervorosas vozes contra sua abolição. O direito ao aborto das mulheres até hoje enfrenta desacordos, porque a sociedade ainda não consegue afastar a religião e a sua própria moral do direito. No caso do julgado em *Dobbs* a Corte americana rompendo com a coerência e integridade dos princípios que sustentaram a decisão em *Roe*, em destaque o da liberdade da mulher ter o direito absoluto ao aborto nos primeiros três meses de gravidez, assume uma ideologia extremista para a reversão do entendimento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018a. Disponível em: 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso - 23/02/2018 - Ilustríssima - Folha (uol.com.br). Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil [1830]**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>. Acesso em 20 mai. 2023.

BRASIL. **Código Penal [1940]**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [Codigo penal 4ed.pdf \(senado.leg.br\)](#). Acesso em 20 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](#). Acesso em 20 mai. 2023.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: [downloadPeca.asp \(stf.jus.br\)](http://downloadPeca.asp(stf.jus.br)). Acesso em 19 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 - Rio de Janeiro**. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jsp(stf.jus.br)). Acesso em 01 jun. 2023.

CARDOSO, Jessica; GUIMARÃES, Luisa. Aborto é legal ou descriminalizado em 6 países da América do Sul. In: PODER360. Brasília, 15 maio 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/aborto-e-legal-ou-descriminalizado-em-6-paises-da-america-do-sul/>. Acesso em: 20 mai. 2023.

COHEN, D. S; DONLEY, Greer; REBOUCHÉ, Rachel. The New Abortion Battleground. (28 de janeiro de 2023). 123 Columbia Law Review 1 (2023), U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2022-09, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2022-05, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4032931> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4032931>. Acesso em 28 mai. 2023.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-055-22**. Corte declara exequible la tipificación del delito de aborto consentido, en el sentido de que no se configura el delito cuando la conducta se practique antes de la semana 24 de gestación y, sin sujeción a este límite, cuando se presenten las causales de que trata la sentencia c-355 de 2006. Finalmente, exhortó al congreso de la república y al gobierno nacional a formular e implementar una política pública integral en la materia. Bogotá: Corte Constitucional [2022]. Disponível em: <[Comunicado de prensa Sentencia C-055-22 - Febrero 21-22.pdf \(corteconstitucional.gov.co\)](http://comunicado.de.prensa.Sentencia.C-055-22.Febrero.21-22.pdf(corteconstitucional.gov.co))> Acesso em 28 mai. 2023.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019a.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019b.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Roe v. Wade**, 410 US 113. Supreme Court, 1973, Disponível em google Scholar:

https://scholar.google.com/scholar_case?case=12334123945835207673&q=roe+v+wade&hl=en&as_sdt=2006 acesso em 22/10/2020.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. 2. ed. Salvador: JusPODVIM, 2021.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Santos, ano 1, n. 2, p. 25-275, jul./dez. 2003. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/50-98-1-SM.pdf>. Acesso em 29 mai. 2023

MELEU, Marcelino; THAINES, A. H. A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 12, n. 1 p. 125-144, abr. 2022. Disponível em: [Uma resposta Dworkiniana para a colisão de princípios de Direitos Humanos em tempos de COVID-19: direito à saúde versus direito de propriedade exclusiva sobre patentes farmacêuticas | Meleu | Revista Brasileira de Políticas Públicas \(uniceub.br\)](#). Acesso em 29 mai. 2023.

MELEU, Marcelino; THAINES, A. H. Uma resposta dworkiniana para a colisão de princípios de direitos humanos em tempos de COVID-19: direito à saúde versus direito de propriedade exclusiva sobre patentes farmacêuticas. **A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 73 p. 189-206, jul./set. 2018. Disponível em: [A solidariedade como política constitucional de efetivação](#)



dos direitos humanos | Meleu | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 29 mai. 2023.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRAGER, Josué. Vendo Norma: A Vida Conflituosa da Mulher no Centro de Roe v. Wade. **The New York Times**, 02 de jul. 2022. Disponível em: [Vendo Norma: A Vida Conflituosa da Mulher no Centro de Roe v. Wade - The New York Times \(nytimes.com\)](https://www.nytimes.com/2022/07/02/us/politics/ro-v-wade-abortion.html). Acesso em 28 mai. 2023.

OYEZ. Roe v. Wade. Disponível em: www.oyez.org/cases/1971/70-18. Acesso em 29 mai. 2023

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 4ª ed. Barueri/SP; Atlas, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Dobbs v. Jackson Women's Health organization**, 24 jun. 2022. Disponível em: [19-1392 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization \(06/24/2022\) \(supremecourt.gov\)](https://www.supremecourt.gov/opinions/2201/19-1392). Acesso em 29 mai. 2023.

Sobre os autores:

Marcelino Meleu

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014), com estágio pós-doutoral concluído em 2016. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI-Sto. Ângelo (2009). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2007). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2000). Professor concursado do quadro efetivo da Universidade Regional de Blumenau - FURB, lotado no Centro de Ciências Jurídicas - CCJ. Vice-coordenador e docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FURB (PPGD-FURB) - Mestrado Acadêmico. Líder do Grupo de Pesquisa "DIREITOS FUNDAMENTAIS, CIDADANIA E JUSTIÇA", registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela FURB. Universidade Regional de Blumenau (FURB)/Professor Permanente.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2567-7248>
E-mail: mmeleu@furb.br

Daisy Cristine Neitzke Heuer

Mestre em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogada. Professora de Direito Penal do Grupo Ânima.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0086-4066>
E-mail: daisycristine@gmail.com

