

O DESAFIO DE *ROE VS. WADE*: UMA DEFESA SEGUNDO O DIREITO COMO INTEGRIDADE

ROE VS. WADE CHALLENGED: REASONING FOR LAW AS INTEGRITY

Manuela Pereira Galvão da Silva¹

Resumo: O presente artigo pretende analisar, com base na teoria interpretativa de Ronald Dworkin, o debate político que perdura há mais de quatro décadas nos EUA acerca do direito constitucional ao aborto, o qual foi reconhecido pela Suprema Corte em 1973, no julgamento de *Roe vs. Wade*, precedente que se vê novamente desafiado por leis estaduais que buscam restringir severamente o direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez, em suposta defesa de valores morais religiosos e tradicionais. O reavivamento desta polêmica reacende antigos questionamentos que intrigam o constitucionalismo contemporâneo e que possivelmente jamais obterão uma resposta unívoca, a exemplo de o que é o direito e qual a sua relação com a moral; qual é a melhor forma de interpretar a Constituição e quem é a autoridade para fazê-lo; e o que é democracia e quais são os limites de intervenção da comunidade política sobre liberdades individuais. Tais questões serão abordadas à luz da teoria dworkiniana, a qual se defende ser adequada para a compreensão de *Roe vs. Wade*, seja porque existe uma moralidade política envolvida na complexa discussão acerca do valor intrínseco da vida, seja porque esse precedente constitui um exemplo prático de aplicação da leitura moral e da aplicação da teoria argumentativa do Direito como integridade e coerência.

Palavras-chave: Direito. Interpretação. Integridade. Leitura moral. Democracia. Aborto.

Abstract: This article proposes to analyze, based on Ronald Dworkin's theory, the political debate that has lasted the four last decades in the USA concerning the constitutional right of abortion, which was established by the US Supreme Court in 1973 in the *Roe vs. Wade* case. This precedent is being once again challenged by state laws which seek to severely restrain women rights of voluntary interruption of pregnancy, allegedly leaning on traditional and religious moral values. The rekindling of this polemic brings up questionings that intrigue the contemporaneous constitutionalism and may never be able to achieve a single answer, such as what is law and what is its relation to morals? What is the best form of interpreting the Constitution and who is the authority to interpret it? And what is democracy and what are the limits for the political community intervention on individual liberties? We will search some enlightenment to these questions in the Dworkinian theory, which we understand as adequate

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2013), com especialização (pós-graduação lato sensu) em Direito Civil e Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2014). Email: manupgs90@gmail.com

for comprehending the *Roe vs. Wade* case for reasons such as the existence of a political morality involved in the complex discussions about the intrinsic value of life and as the understanding of this precedent as constituting an example of practical application of morals and Law argumentative theory as integrity and coherence.

Keywords: Law. Interpretation. Integrity. Moral reading. Democracy. Abortion.

1 INTRODUÇÃO

Roe vs. Wade, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1973, representa um dos mais emblemáticos *hardcases* da história norte-americana por ter reconhecido, pela primeira vez, o direito constitucional ao aborto. Não obstante o precedente permaneça válido e garanta a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez nos EUA – ao vedar a sua proibição antes do ponto de viabilidade do feto –, vem sendo constantemente desafiado pelos estados mais conservadores, que buscam fortalecer valores morais atrelados à religião e à tradição familiar, o que já provocou condicionamentos que limitam significativamente a liberdade reprodutiva e a autodeterminação existencial das mulheres, ainda que pela via indireta.

Dentre as limitações, podem ser citadas as rigorosas exigências impostas às clínicas e médicos que realizam tais procedimentos – as quais resultaram em substancial limitação da oferta de tais serviços; a imposição de período de espera de 24 horas desde a primeira consulta; e o obrigatório fornecimento de informações, por vezes imprecisas, a respeito dos riscos envolvidos (os quais são praticamente irrelevantes durante o primeiro trimestre de gestação) (TENOLD e GORDON, 2019).

No tocante ao momento para a interrupção lícita da gestação, desde *Roe vs. Wade*, foram admitidas leis que estabeleceram proibição a partir da 22ª semana de gestação, mas aquelas que buscaram estabelecer a proibição completa a partir da 6ª semana foram derrubadas, seja pela via estritamente política (não aprovação pelo Legislativo, veto do Executivo ou referendo popular), seja pela via judicial (LIA, 2019).

Somam-se às restrições legais outras circunstâncias que também dificultam o exercício do direito assegurado em *Roe vs. Wade* e, conseqüentemente, prejudicam o fornecimento de cuidados básicos de saúde às mulheres, como as constantes ameaças e atentados em face de pacientes, reduzindo ainda mais o já restrito número de médicos que

ainda se dispõe a realizar procedimentos abortivos,² sobretudo ao se considerar o fato de que, desde 1993, extremistas desfavoráveis à liberdade de escolha das mulheres ocasionaram a morte de onze pessoas em território norte-americano, incluindo quatro médicos (TENOLD e GORDON, 2019).

Não obstante o panorama geral já se revele bastante desfavorável à interrupção voluntária da gestação indesejada em solo norte-americano, recentemente foram promulgadas leis ainda mais restritivas em relação ao aborto pelos estados de Alabama, Georgia, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Ohio, Missouri Arkansas e Utah, segundo informações colhidas até maio do presente ano (LAI, 2019). Algumas dessas legislações proíbem a sua realização em qualquer estágio da gravidez à exceção de risco à vida da mãe, tendo sido aprovadas em resposta ao movimento pró-vida (*pro-life*), cuja influência política tem sido substancial nas eleições ocorridas após 1973³ e possivelmente ocasionou o pronunciamento favorável à causa pelo presidente Donald Trump na iminência do pleito que culminou em sua eleição, em 2016.

Tais considerações levam a crer que as recentes regulações estaduais têm o claro objetivo de obter a revogação do entendimento adotado em *Roe vs. Wade*, confiando na atual situação política conservadora e na alteração da composição da Suprema Corte, em especial a nomeação do *Justice* Brett. M. Kavanaugh no ano de 2018, o que foi visto com entusiasmo pelos anti-abortistas, incitando, em contrapartida, progressistas e partidários do movimento *pro-choice* a reforçar as leis que resguardam o direito ao aborto em seus próprios estados, como ocorreu em Nova Iorque (LIA, 2019).

Pode-se afirmar, assim, que o estado de xequê que ameaça de modo permanente a decisão proferida em *Roe vs. Wade* ganha especial destaque na atual conjuntura política norte-americana, o que torna oportuno revisitar a teoria da interpretação moral do direito de Ronald Dworkin, não apenas porque ele se debruçou especificamente acerca do *hardcase* e do debate em torno do direito ao aborto, como também pelas contribuições trazidas pela sua concepção de direito e de democracia à abordagem de todas as questões de ampla complexidade moral.

2 Constata-se que o número de clínicas que prestam serviços de aborto vem caindo ao longo das décadas, sobretudo no sul e no centro-oeste, em que dados indicam um decréscimo entre 13% e 22% nos anos de 2011 e 2014, havendo estados em que há apenas uma clínica em atuação, a exemplo de *West Virginia, Missouri, Mississippi, Kentucky, South e North Dakota* (TENOLD e GORDON, 2019).

3 A importância da discussão acerca do aborto na política norte-americana e seu relevante papel nas eleições presidenciais, inclusive no tocante à possibilidade de reversão de *Roe vs. Wade* é objeto do interessante documentário *Reversing Roe*, produção original do Netflix em 2018, referenciada ao final do presente artigo.

De fato, tendo em vista o contexto histórico-político em que as liberdades individuais reconhecidas e garantidas constitucionalmente têm sido contrapostas, com frequência e nos mais diversos âmbitos, aos valores morais comunitários – aqui compreendidos como aqueles supostamente endossados pela premissa majoritária –, o recurso à leitura moral do direito proposta por Dworkin proporciona reflexões úteis e enriquecedoras para o debate a respeito das grandes questões que atualmente intrigam o constitucionalismo democrático, seja em território estadunidense, seja no brasileiro.

Assim, o presente artigo visa apresentar, em um primeiro momento, uma síntese da teoria elaborada por Dworkin, perpassando por sua compreensão acerca do direito, da democracia, da constituição e do papel do Poder Judiciário em sua interpretação, traçando as premissas necessárias à compreensão do posicionamento do autor quanto ao aborto. Em um segundo momento, objetiva-se adentrar nas grandes questões teóricas e empíricas envolvidas no julgamento *Roe vs. Wade*, tendo por objetivo final enfatizar os motivos pelos quais a revogação da decisão nele proferida não apenas implicaria em um infeliz retrocesso – em detrimento das garantias e liberdades individuais duramente conquistadas pelo povo norte-americano, desde a promulgação de sua Constituição, em 1776 –, como também significaria uma perigosa ameaça à própria integridade do direito e à legitimidade da Suprema Corte.

2 DWORKIN E A LEITURA MORAL DO DIREITO

O positivismo lógico de Hans Kelsen (2006) em sua *Teoria pura do direito* não apenas sustenta a separabilidade entre direito e moral, como também propõe a necessidade de se depurar o direito de qualquer fundamento de validade metafísico ou ideológico, para que, cientificamente, seja possível descrever e explicar o mundo do *dever ser* com a necessária precisão. Tal modo de pensar o direito pode se encaixar suficientemente bem para a solução de casos de natureza simples, a partir de regras positivadas de linguagem clara e significado bem definido, em que as possibilidades interpretativas são restritas, porém, essa não é a situação em que se insere a temática do aborto.

De fato, a partir do momento em que se está em jogo uma questão de repercussões morais e políticas inafastáveis, há grande dificuldade de se identificar os aspectos de moralidade nela imbricados ou mesmo de se positivar uma solução jurídica *prêt-à-porter*, com base em um silogismo puro e simples.

Mesmo que se afaste da teoria exclusivista (*hard positivism*) de Kelsen e se aproxime da teoria inclusivista (*soft positivism*) de Hart (1994) em *O conceito de Direito* – na qual, a despeito da separabilidade entre direito e moral, admite-se a possibilidade de inserção de elementos de moralidade como fundamento de validade jurídica, se e quando o direito positivo assim prescrever –, permanece a séria problemática para a resolução de casos de alta complexidade e carga valorativa. Essa dificuldade é depreendida da própria “*textura aberta*”, mencionada por Hart (1994, 335-339) para se referir ao espaço de incompletude normativa em que os juízes devem exercer sua discricionariedade, ainda que de forma excepcional e intersticial⁴, o que ensejou duras críticas de Dworkin⁵.

Pretende-se demonstrar que a teoria interpretativa de Dworkin parte de um pressuposto completamente distinto, ao conceber o direito como um dos ramos da moralidade política e esta como um dos ramos da própria moral. Esse entrelaçamento decorre da compreensão filosófica do autor acerca da justiça e da unidade do valor, que, ao ser interpretado, repercute nas mais diversas esferas da vida individual e comunitária, interligando-as com coerência e integridade, raciocínio condensado em sua obra *A raposa e o porco espinho* (2014). É justamente essa unidade de valor dworkniana que permite a inserção da moralidade como um dos critérios de validade e de justificação do direito.

Embora amplamente reconhecida a contribuição de Dworkin a respeito da valorização do caráter interpretativo e do papel de justificação dos princípios – o que não pode, a rigor, ser considerado uma inovação de seu pensamento –, tem-se que a grande importância de sua obra reside justamente na metodologia que desenvolveu para a compreensão e aplicação do direito, incorporando e integrando a teoria do direito com a moral e a justificação (MACEDO. JR., 2013, p. 44-49)⁶.

Boa parte dos desafios enfrentados pelo constitucionalismo democrático envolve a colisão entre diferentes concepções axiológicas e, por vezes, tentativas de imposição de

4 Intersticial e excepcional porque apenas seria admitida em casos difíceis em que o direito positivo não desse a resposta, hipótese na qual o juiz criaria a lei, concreta e especificamente, para aquela situação em julgamento, sem qualquer pretensão de universalização para outros casos (HART, 1994, 140-149).

5 Crítica severa que ensejou a resposta formulada por Hart (1994, p. 321-325) no pós-escrito acrescido a *O conceito de Direito*, em que defende positivismo moderado não é adverso ao uso dos princípios, embora não tenha dedicado atenção a seu uso.

6 Tal contribuição, inclusive, influenciou na migração do pensamento de Neil MacCormick para uma posição intermediária entre as teorias positivistas e interpretativistas, intitulando-se ele próprio como pós-positivista em *Institutions of Law*, logo após considerar que um mínimo de justificação moral é necessário para que o direito possa ser reconhecido enquanto tal (MACCORMICK, 2007, p. 278).

convicções morais convencionais à comunidade política, mediante a via jurídico-legislativa e a restrição à liberdade, sobretudo em aspectos sexuais, tais como o próprio aborto, a pornografia, a contracepção, a prostituição e a homossexualidade. A compreensão de Dworkin acerca do direito e a metodologia que desenvolveu para a sua aplicação mostram-se bastante adequadas e úteis para auxiliar o intérprete que se depara com essas árduas controvérsias, razão pela qual uma breve passagem por alguns dos conceitos-chave de sua teoria é muito oportuna para revisitar o debate que permanece vivo em *Roe vs. Wade*.

Reitere-se que a leitura moral de Dworkin é um método específico de análise e execução de uma constituição política que, ao menos na democracia contemporânea, usualmente emprega uma linguagem de elevado grau de amplitude e abstração, assumindo a forma de princípios, sobretudo no que diz respeito ao rol de garantias e direitos individuais⁷ que buscam limitar o poder estatal. Segundo Dworkin (2019, p. 2), a “leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”, sugerindo, assim, que devem ser compreendidos da forma mais geral possível, porque constituem extratos dos ideais políticos e jurídicos de determinada comunidade.

Não apenas isso, o intérprete também tem o dever de decidir qual a melhor maneira de compreender o princípio moral abstrato em referência e buscar interpretar o direito da melhor forma possível. Nesse aspecto, o direito é concebido como “uma prática argumentativa porque o seu significado enquanto prática social é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem” (MACEDO JR., 2013, p. 210).

A teoria da interpretação propugnada por Dworkin nega o originalismo⁸ e o pragmatismo⁹, pois rechaça o consequencialismo puro e simples e, embora admita que os legisladores estabelecem os princípios que governam determinada comunidade política, recusa, como método hermenêutico, a inquirição de suas intenções ou mesmo da forma pela qual os propositores da lei teriam aplicado as normas que eles próprios estabeleceram, em seu

7 A título de exemplo, cita-se a garantia do *due process of law* prevista na Décima Quarta Emenda da Constituição estadunidense ou a previsão contida no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao consignar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁸ A respeito do originalismo, Mark Graber (2013, p. 76) afirma que seus “argumentos sustentam que as provisões constitucionais significam o que significavam quando foram ratificadas”, ou seja, dependem de “como ordinariamente, as pessoas em 1868 entendiam as frases ‘devido processo legal’ e ‘igual proteção.’”.

⁹ Segundo Graber (2013, p. 83), a interpretação consequencialista parte de uma análise de custos e benefícios de cada entendimento.

contexto histórico. De fato, a teoria dworkniana estende a interpretação por meio dos princípios, mas afasta a discricionariedade do intérprete ao lhe imputar a responsabilidade de realizá-la de boa-fé e da melhor maneira possível, com respeito à história, à linguagem e à estrutura da constituição como um todo e não com base na discricionariedade de suas próprias convicções morais particulares (DWORKIN, 2007, p. 273-275).

Disso se extrai que a leitura moral defendida por Dworkin corresponde à ideia de uma Constituição viva (*living Constitution*) (GRABER 2013, P. 67), já que envolve a exigência de integridade e de coerência em relação às práticas passadas, sem desconsiderar o contexto atual e as consequências futuras, pois a escolha a ser realizada constituirá um novo passo da moralidade política da comunidade¹⁰. Tal modo de pensar é bem elucidado pelo autor ao se referir à interpretação construtiva do direito como um romance em cadeia, em que cada juiz assume a posição de autor de um novo capítulo, o qual deve guardar coerência com a história até então narrada e os valores adotados na prática constitucional, levando em consideração o texto que ainda será construído na narrativa (DWORKIN, 2007, p. 275-286).

A proposta metodológica do direito como integridade constituiu um avanço importante em relação ao rigorismo cientificista do positivismo, apresentando uma resposta ao problema da discricionariedade e da incompletude do direito positivo, ainda que não o resolva de forma definitiva, pois os princípios e sua carga axiológica apontam a direção a ser seguida, mas não precisam o caminho a ser tomado pelo intérprete, o que, a despeito de fornecer a maleabilidade necessária à adequação do direito a cada caso concreto, gera um grau de incerteza jurídica.

De toda maneira, ao valorizar o papel da moral na argumentação e exigir que esta seja formulada com respeito à integridade do direito – que envolve a coerência com as decisões passadas, a adequação ao contexto do caso concreto e a consideração em relação aos efeitos futuros -, pode-se dizer que sua teoria promove uma necessária conciliação entre o direito e moral ao admitir que esta seja utilizada na justificação, o que é necessário para enfrentar as discussões de alta repercussão moral em comunidades políticas.

Para Dworkin (2019, p. 23), “a única objeção substantiva à leitura moral é que ela ofende a democracia”, sobretudo diante da dificuldade de se definir o significado desse termo

10 Interessante observar a resposta dada à afirmação de Macaulay de que “a Constituição norte-americana tem uma grande vela mas não tem âncora”, referindo-se, aqui, a um poder absoluto dos juízes para impor suas convicções morais, em que Dworkin (2019, p.17) sustenta que a “Constituição é uma lei e, como toda lei, está ancorada na história, na prática e na integridade”.

polissêmico. Nesse aspecto, como reflexo de sua concepção filosófica da unidade do valor, Dworkin recusa a visão estritamente procedimental da democracia, rejeitando a premissa majoritária como algo que lhe seja essencial. Segundo Dworkin, a proteção dos direitos individuais justifica a exceção à prevalência da deliberação majoritária, o que seria consentâneo com uma concepção constitucional da democracia, assim compreendida:

O objetivo que define a democracia tem que ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. É certo que essa explicação alternativa do objetivo da democracia exige uma estrutura de Estado muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas de soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em ocasiões especiais, nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral. (DWORKIN, 2019, p. 26)

A compreensão de democracia coparticipativa de Dworkin (2014, p. 8-9) é relevante para a reflexão sobre o direito ao aborto e sobre o julgamento *Roe vs. Wade*, pois se pauta nos ideais de igualdade de consideração e de respeito às liberdades que o autor extrai da leitura sistemática dos princípios da Constituição norte-americana:

Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e de religião. (DWORKIN, 2019, p. 11)

Observe-se que a igualdade de consideração e respeito que o Estado deve a cada um dos indivíduos – concebidos como agentes morais independentes – permite que se afaste a premissa majoritária em algumas situações, notadamente quando a vontade da maioria confronta com direitos e liberdades fundamentais de determinado grupo minoritário de pessoas, impedindo o seu exercício com base em convicções de caráter estritamente moral. De fato, se os membros de uma comunidade democrática possuem igual direito de participação moral nas decisões coletivas, surge, como consectário lógico, a necessidade de reciprocidade, ou seja, que “as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida [do indivíduo]

sejam consideradas tão importantes quanto as consequências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas”, pois “uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima” (DWORKIN, 2019, p. 39).

Partindo da distinção realizada por Isaiah Berlin (2002, p. 166-217) entre liberdade negativa e liberdade positiva – em que aquela é compreendida como espaço de não coerção do Estado (em que o indivíduo não pode ser impedido de fazer o que deseja) e esta corresponde à regulamentação de seus próprios interesses pelo autogoverno (incluindo a possibilidade de participação na vida política) –, Dworkin (2019, p. 345) sustenta que cada indivíduo possui uma independência moral correlata a uma responsabilidade moral, de forma que os indivíduos são livres para decidir os rumos de sua vida, segundo sua própria concepção do que seja o bem viver, seus recursos e suas oportunidades, admitindo-se, porém, que a comunidade política imponha sua autoridade coletiva ao estabelecer alguns limites às escolhas a serem feitas, na criação de um “ambiente moral”.

No entanto, a comunidade não possui o direito de tomar as decisões pelo indivíduo ou de impor a convicção a ser adotada por ele, embora tenha o dever de “propiciar circunstâncias que lhe permitam chegar a crenças firmes em matéria de ética e política através de sua própria reflexão e, por fim, convicção individual” (DWORKIN, 2019, p. 40).

O individualismo ético, conceito chave da teoria dworkiniana, é profundamente relacionado à concepção de responsabilidade moral, ou seja, a responsabilidade de cada um de “levar a sua vida ao melhor termo possível (...) decidir por si mesmo o que significa esse ‘bom termo’, constituindo assim as suas convicções pessoais” (DWORKIN, 2019, p. 400). A compreensão de uma comunidade composta por agentes moralmente independentes jamais admitirá que a coletividade imponha os próprios valores a serem considerados pelo indivíduo na realização das escolhas sobre de sua vida, pois isso escaparia ao interesse do grupo e atingiria um elemento central da concepção de democracia, para além da própria dignidade humana, que, segundo o autor, depende do respeito por si mesmo e da autenticidade (DWORKIN, 2014, p. 311)¹¹.

¹¹ Na concepção de Dworkin (2014, p. 311), a dignidade é composta por dois princípios éticos, o respeito por si mesmo e a autenticidade. “O primeiro é um princípio de respeito por si mesmo. Cada pessoa deve levar a sério sua própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem-sucedida, e não uma oportunidade perdida. O segundo é um princípio de autenticidade. Cada um tem a responsabilidade pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os que ele mesmo concorde”. Desse modo, “Viver bem não é somente projetar a própria vida, como se qualquer projeto servisse, mas sim projetá-la em função de um juízo de valor ético. A autenticidade é prejudicada quando alguém é obrigado a aceitar o

Ultrapassadas essas premissas teóricas, uma última consideração, também fortemente vinculada à democracia, faz-se necessária para enriquecer a reflexão em torno de *Roe vs. Wade*.

Partindo do pressuposto de que a leitura moral é intrinsecamente interpretativa e permite que os valores morais sejam considerados na argumentação e na justificação do direito, é inevitável o surgimento do questionamento a respeito de quem é a autoridade competente para realizar a interpretação da constituição política, ou seja, de quem é a autoridade para exercer o controle de constitucionalidade (*judicial review*), atividade atribuída à Suprema Corte nos EUA e ao Supremo Tribunal Federal na realidade brasileira.

Pode-se afirmar, inclusive, que a grande polêmica envolvida em torno do aborto, suscita essas duas questões constitucionais complexas abordadas por Dworkin: a relação entre o direito e a moral (como se deve interpretar o direito?) – tema já abordado – e a legitimidade do judiciário para deliberar a respeito dessa relação e impor seu entendimento perante a comunidade política (quem deve interpretar a Constituição?).

Quanto a essa última questão, é recorrente a preocupação em se imputar às Cortes a tarefa de interpretar a Constituição, seja pelo receio de um exacerbamento do ativismo judicial (judicialização da política), seja porque muitos consideram antidemocrático incumbir tal responsabilidade aos juízes, que não são eleitos e não possuem comprometimento em relação à vontade popular (TUSHNET, 2014, p. 40-69). Nesse aspecto, Dworkin (2019, p. 9) admite expressamente que a leitura moral pode ser levada a cabo pelo Judiciário, sem prejuízos à democracia e ao republicanismo, mesmo porque o abuso de poder poderia ser igualmente cometido caso a função fosse atribuída aos membros do Executivo e Legislativo. Segundo o autor, mesmo que os processos legislativos possam ser altamente qualificados e esclarecedores, a supremacia majoritária adota “soluções de meio-termo que põem em um segundo plano importantes questões de princípio”, ao passo que as discussões engendradas no judiciário estimulam o debate e a discussão pública generalizada sobre a moralidade política”¹² (DWORKIN, 2019, 47).

juízo de outrem acerca dos valores ou objetivos que devem se evidenciar em sua vida.” (DWORKIN, 2014, P. 325).

12 Para Dworkin (2019, p. 48), a fundação de uma comunidade política dotada de estabilidade pressupõe a aceitação e o endosso da maioria daqueles que irão integrá-la, todavia, a mesma ideia não se aplica quando o assunto é a interpretação de uma prática constitucional já estabelecida.

Ainda que a perspectiva de Dworkin se mostre talvez excessivamente otimista e não seja possível sustentar a imprescindibilidade da atuação do Judiciário para adequada abordagem de temas de elevada profundidade e complexidade moral, como o aborto, efetivamente inexistem evidências de que a mera representação política dotada de legitimidade eleitoral implique em soluções mais justas, sobretudo quando há fortes indícios de que os membros dos demais poderes são mais vulneráveis a pressões políticas, o que pode interferir negativamente na proteção das minorias¹³. Por conseguinte, ao menos de modo geral, é possível concluir que Dworkin, assim como Alexandre Bickel (1962), considera o Judiciário como o “menos perigoso dos poderes” para exercer o controle de constitucionalidade, sobretudo quando estão em jogo dificuldades contramajoritárias e questões moralmente polêmicas, como em *Roe vs. Wade*.

Tangenciados alguns dos aspectos que se reputam essenciais para a compreensão da teoria de Dworkin, passa-se à análise da posição por ele manifestada a respeito de *Roe vs. Wade*, a fim de demonstrar que, até o presente momento, não se apresentam motivos hábeis a justificar a reversão da decisão de reconhecimento do direito constitucional ao aborto até o ponto de viabilidade do feto.

3 ROE VS. WADE E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

A sentença proferida pelo *Justice* Harry A. Blackmun prevaleceu na Suprema Corte, com sete votos favoráveis, no emblemático *Roe vs. Wade* 410 US 113 (1973), culminando no reconhecimento de que as mulheres são titulares do direito constitucional à privacidade em questões de procriação, até o quinto mês de gestação. A decisão foi fundamentada na garantia de liberdade individual em questões privadas e na cláusula constitucional do devido processo legal, por inexistirem razões inexoráveis para se impedir a interrupção da gravidez antes da viabilidade da vida extrauterina. Como consequência, foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei texana que impusera – à exceção da hipótese de

13 O mesmo argumento de proteção das minorais também pode ser utilizado para afastar a tese de que a população, em si considerada, poderia ser a mais apta para desempenhar o papel de intérprete da constituição, como defendem os teóricos do constitucionalismo popular, a exemplo de Larry Kramer (2004), Jeremy Waldron (2006) e Mark Tushnet (2014). A aptidão e habilidade para interpretar a constituição se afiguram, em realidade, bastante questionáveis, conforme estudo realizado por Michael Serota (2012), com base em dados empíricos obtidos em pesquisas que buscavam aferir o conhecimento da população acerca da organização política dos EUA, separação de poderes e dos próprios direitos fundamentais.

risco à vida da mãe – a proibição ao aborto. No caso, houve manifestação de voto divergente pelos *Justices* William Rehnquist e Byron White, que se posicionaram no sentido de que a interpretação dos direitos enumerados na Constituição não permite extrair que as mulheres possuem direito constitucionalmente previsto de autonomia reprodutiva, mas apenas um direito de liberdade que não poderia se contrapor, exceto nos casos de risco à vida da mãe, ao interesse dos estados em proteger a vida humana a partir da concepção.

Assim, segundo o teor do precedente, é possível afirmar que a polêmica ainda incendiária envolvida em *Roe vs. Wade* abrange duas tradições constitucionais que devem ser consideradas pelos juízes: as liberdades individuais e “a tradição que dá ao Estado a responsabilidade pela guarda do espaço moral público no qual todos nós temos que viver.” (DWORKIN, 2019, p. 154).

Ao se referir especificamente à interpretação realizada pelos *Justices* em *Roe v. Wade*, Dworkin (2009, p. X-XI) sustenta que o voto dissidente parte da compreensão de que os “juízes devem entender até mesmo as cláusulas abstratas da Constituição (...) de maneira cautelosa, para que sua força fique restrita, na medida do possível, ao que delas esperavam os estadistas e os políticos que as sancionaram”, ao passo que o voto prevalecente “pressupõe que essas cláusulas abstratas estipulam princípios morais, limitados (...) por um sentimento geral de coerência e integridade com as decisões judiciais e a tradição política do passado”, ou seja, parte de uma leitura moral do direito, assim como aquele que ele próprio preconiza.

Na defesa de seu raciocínio, o autor argumenta que toda e qualquer interpretação do texto constitucional envolve algum tipo de moralidade do intérprete, mesmo que oculta sob as vestes do originalismo, pois também há uma margem de incerteza sobre quais seriam as “verdadeiras intenções dos autores da constituição” (DWORKIN, 2019, p. 486). Em seu entender, “o empenho [da proposta originalista] em limitar o poder judicial termina por conceder aos juízes o poder não disciplinado da arbitrariedade”, ao passo que a leitura moral teria a virtude de tornar explícitas as convicções morais que levaram à tomada de decisão e permitiria maior controle, ao viabilizar a verificação do respeito à Constituição e aos ideais de moralidade política nela inseridos (DWORKIN, 2009, p. 154).

Ainda em reforço ao entendimento prevalecente em *Roe*, Dworkin enfatiza que o ativismo judicial não é controlado pela distinção entre direitos enumerados e implícitos no texto constitucional, pois a aplicação de sua linguagem principiológica e abstrata sempre

dependerá de interpretação e argumentação¹⁴ e são os vícios nelas porventura existentes que permitem verificar se uma decisão é ou não equivocada (DWORKIN, 2009, p. 203). Convém esclarecer que Dworkin (2019, p. 419) não aventa a tese de que a “melhor interpretação” decorrente da integridade e coerência sempre será unívoca, pois admite respostas não uniformes a depender das convicções individuais de cada intérprete, mas estas devem estar necessariamente respaldadas na prática constitucional antecedente.

Segundo Dworkin, a interpretação originalista é insustentável como argumentação, porque contradiz o entendimento a que chegou a Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* (1954), precedente em que foi declarada a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, a despeito de os constituintes admitirem tal forma de discriminação à sua época (DWORKIN, 2019, p. 434).

Portanto, na perspectiva de Dworkin, a análise da correção ou não do julgamento de *Roe vs. Wade* impõe perquirir se o devido processo legal e a privacidade, interpretados corretamente, protegem o direito ao aborto, não havendo necessidade de se debater se as mulheres têm um direito não enumerado de encerrar suas gravidezes (GRABER, 2013, p. 68).

Em seu entender, os dispositivos constitucionais que sustentam a liberdade e igualdade são abstratos e, com base na integridade do direito e à luz das decisões passadas referentes à procriação e contracepção, há a possibilidade de se reconhecer o direito constitucional a uma “autonomia procriadora”, a qual abrange o aborto (DWORKIN, 2009, p. 207). Tem-se, assim, que Dworkin endossa a sentença proferida pelo juiz Blackmun no caso *Roe*, pois traz uma concepção de direito como integridade e de uma Constituição viva (*living Constitution*), que considera as práticas passadas ao mesmo tempo em que se manifesta preocupações com as consequências do julgamento, sobretudo ao se referir expressamente à necessidade de proteção da saúde das mulheres (GRABER, 2013, p. 84).

Ao valorizar a argumentação e afastar a tese de que não há um direito enumerado ao aborto, Dworkin afirma que os princípios abstratos correspondentes às garantias e direitos

14 Observe-se que o autor faz referência a sua concepção de integridade ao consignar: “Podemos aceitar o fato de que nossa Constituição ordena, como matéria de direito fundamental, que os juízes, considerados em sua coletividade, empenhem todo o seu esforço para interpretar, reexaminar e revisar, de geração em geração, o esqueleto liberal de igualdade de consideração que é exigido pelos grandes artigos da Declaração de direitos, em sua majestosa abstração”. Prossegue, criticando vigorosamente as demais leituras da constituição, ao afirmar: “Vamos, então, deixar de lado a infrutífera busca por restrições no único lugar onde de fato poderão ser encontradas: em bons argumentos. Vamos aceitar o fato de que os advogados, juízes e juristas bem intencionados sempre vão discordar, às vezes profundamente, acerca das exigências da igualdade de consideração e de quais são os direitos essenciais e os meramente acidentais para a liberdade ordenada” (DWORKIN, 2019, 131).

fundamentais da Constituição norte-americana ensejam necessariamente o reconhecimento de que todas as pessoas são dotadas de idêntico *status* e, conseqüentemente, são merecedoras de idêntica consideração e respeito pelo Estado, exigindo-se a tolerância ao pluralismo de forma idêntica em todas as esferas:

(...) os Estados Unidos são um país de dimensões continentais, abrangendo muitas regiões grandes e distintas e é pluralista em quase todos os aspectos possíveis: racial, étnico e cultural. Em um país assim, os direitos individuais, na medida em que são reconhecidos e aplicados oferecem a única possibilidade de uma comunidade verdadeira, na qual todos os indivíduos participem como iguais. Além do mais, os Estados Unidos só podem ser uma comunidade nacional se os direitos mais fundamentais forem também nacionais, se os mais importantes princípios de liberdade forem reconhecidos em algumas partes do país forem igualmente honrados em outras. (DWORKIN, 2009, p. 85-86)

Nesse ponto, o posicionamento do autor é no sentido de que a igual consideração devida a cada cidadão impede que os direitos fundamentais sejam desconsiderados pelos estados, o que inclui, evidentemente, a polêmica em torno do aborto.

Para Dworkin (2009, 151-163), uma das questões trazidas a debate e rechaçada em *Roe vs. Wade*, com base na compreensão histórica a respeito do tema, foi justamente a caracterização do feto como uma pessoa constitucional – ou seja, como um agente moral independente e dotado do direito à igual consideração e respeito –, tema que, em seu entender, exigiria deliberação a nível nacional, por extrapolar a competência legislativa estadual, haja vista as repercussões que gera em relação aos direitos de todos os demais indivíduos. Não está em jogo, portanto, o interesse do feto¹⁵ em si considerado, mas na possibilidade, ou não, de os poderes legislativos estaduais decidirem quais valores e convicções os cidadãos são obrigados a respeitar, análise que depende da percepção mais ampla ou mais restrita que se tem a respeito dos direitos e garantias constitucionais (DWORKIN, 2009, 34-35).

Segundo Dworkin (2009, 139-140), a questão moral suscitada pelo aborto é altamente delicada porque diz respeito ao valor intrínseco da vida humana¹⁶, em um sentido que pode ser tanto secular como religioso, mas que necessariamente está vinculado a um sentimento comum de inviolabilidade da vida, ou seja, a um caráter sagrado que exige o

15 Para Dworkin (2009, p. 70), tanto os argumentos sustentados por ativistas religiosos, como também por feministas “tem por base o pressuposto independente de que a vida humana tem valor intrínseco e não a ideia derivativa de que o feto é uma pessoa com interesses e direitos próprios”.

16 “(...) nossa convicção comum de que a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente e que quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado e não degradado, esse profundo valor”. (DWORKIN, 2009, VII).

respeito ao investimento criativo e natural que individualizam cada pessoa¹⁷. Dessa forma, é possível reconhecer um interesse comum e inato à humanidade com relação à proteção da vida, ainda que as pessoas possam defendê-lo com base em convicções totalmente distintas e até mesmo contraditórias.

Se é o valor intrínseco (ou sagrado) da vida humana que representa o ponto nevrálgico de todas as discussões em relação ao aborto, seja no embate pró-escolha ou pró-vida, seja nas confrontações feministas e religiosas, na visão de Dworkin (2019, p. 71), a avença não pode ser dirimida com bases metafísicas e religiosas a respeito do conceito de pessoa ou mesmo sobre a existência ou não de alma no feto, tratando-se de “uma questão jurídica acerca da correta interpretação da Constituição”, a qual deve ser levada a cabo pelo Judiciário e não pelo Legislativo, concluindo, por fim, que a melhor interpretação a ser dada é efetivamente aquela adotada pelos juízes da Suprema Corte ao entender que a constituição não assegura ao feto direitos idênticos àqueles reconhecidos às pessoas.

Aqui, é possível extrair a reafirmação do posicionamento favorável ao *judicial review*, como mecanismo mais apto a se assegurar o direito das minorias, sobretudo se considerado o impacto da opinião pública acerca do tema em relação aos membros do Legislativo e do Executivo, pelas repercussões eleitorais, o que já foi explicitado anteriormente.

Superada essa questão, chega-se à solução de que as mulheres, na qualidade de agentes morais independentes a quem o estado deve igual consideração e respeito, devem ter assegurada a liberdade de realizar ou não o aborto, segundo suas próprias convicções morais, o que teria amparo em várias cláusulas constitucionais. É oportuno reiterar que a leitura moral defendida por Dworkin admite que uma pluralidade de princípios possa ser utilizada como fundamento para a solução jurídica de um mesmo caso, variação que decorre da interpretação que cada um dos juízes irá realizar quando se confrontar com um *hardcase*.

Com relação a *Roe vs. Wade*, Dworkin (2019, 160) sustenta que a decisão pode ser fundamentada não apenas no direito à privacidade e na cláusula do devido processo legal como também na própria liberdade religiosa, pois não se poderia admitir que uma maioria

¹⁷ “O milagre natural que tanto comoveu Levin começa muito antes do nascimento: começa na identidade genética do embrião. A segunda forma de criação sagrada – o investimento humano, em oposição ao natural – é também imediata quando a gravidez é planejada, pois a decisão deliberada dos pais de gerar e trazer ao mundo um filho é, sem dúvida, uma decisão criadora. (...) Seja qual for a sua forma ou configuração, a vida de um único organismo humano exige respeito e consideração devido ao complexo investimento criativo que representa (...)”. (DWORKIN, 2009, p. 116).

impusesse sua convicção moral a respeito da vida em relação a toda a comunidade, sobretudo havendo mulheres cuja compreensão acerca da vivência humana impõe não dar à luz a uma criança quando as condições econômicas e até mesmo o contexto temporal se mostrem adversos. Nesse viés, a reprovação do aborto com base na opinião de que há uma suposta postura egoística da mãe se mostra injustificável, já que, segundo o juízo moral da gestante, não obstante seu desejo íntimo de manter o filho, a interrupção da gravidez pode ser uma conduta necessária para livrá-lo de uma vida de amargura e escassez¹⁸.

Por esse motivo, Dworkin (2019, p. 162) concebe as questões atinentes ao valor sagrado da vida como questões de conteúdo necessariamente religioso independentemente da fé professada (ou ausência dela), o que justificaria a aplicação da proteção relativa a liberdade religiosa, já que seria inconcebível a aplicação do mesmo tratamento destinado às “convicções seculares sobre a moral, a imparcialidade e a justiça”. Pautando-se na decisão proferida em *Roe*, a Suprema Corte teria estabelecido parâmetros a serem considerados pelos estados como limites à possibilidade de intervenção na liberdade pessoal dos indivíduos:

(...) (1) quando as decisões que ele proíbe são compromissos pessoais assumidos dentro de um campo essencialmente religioso; (2) quando não há acordo, dentro da comunidade, acerca de qual é a melhor maneira de proteger o valor em questão; e (3) quando a decisão tem um impacto muito grande, até mesmo desproporcional, sobre a pessoa, que fica então impedida de decidir. (DWORKIN, 2019, p. 165)

Assim, com base na liberdade religiosa prevista na Primeira Emenda¹⁹, é possível inferir que o Estado não pode impor às pessoas qualquer convicção a respeito do valor intrínseco da vida humana, sobre os motivos de sua importância intrínseca e sobre a forma pela qual tal valor deve ser respeitado ou violado (DWORKIN, 2019, p. 177). Tal argumento parte da liberdade religiosa, mas também reforça o direito constitucional à privacidade,

18 Acerca do assunto, o autor esclarece: “a mulher obrigada a ter um filho cuja vida será limitada por uma deficiência, ou que estará fadado a uma infância de miséria e a ter uma educação insuficiente, ou que vai prejudicar a vida da própria mãe – essa mulher não está sendo simplesmente forçada a fazer sacrifícios em nome de um valor que não partilha. Não: está sendo obrigada a ir contra as suas próprias crenças acerca do que é o respeito pela vida humana e o que esse respeito exige” (DWORKIN, 2019, p. 160),

19 Mais especificamente a respeito da função igualitária da Primeira Emenda, Dworkin (2019, p. 381) discorre que ela não é limitada à expressão política. “A vida das pessoas não é afetada somente pelo ambiente político (...) mas também, e de modo até mais amplo, por aquilo que podemos chamar de ambiente moral. O modo como as pessoas me tratam, minha noção de identidade e minha autoestima são determinadas em parte pelo conjunto de convenções sociais, opiniões, gostos, convicções, preconceitos, culturas e estilos de vida que se manifestam na comunidade em que vivo. Às vezes se acusa os liberais de pensar que aquilo que as pessoas dizem ou fazem na vida particular não afeta ninguém exceto elas mesmas e isso é evidentemente falso. (...) De todas as respostas a essas perguntas, só uma é compatível com os ideais da igualdade política: ninguém deve ser impedido de influenciar o ambiente moral comum através de suas próprias escolhas, gostos e opiniões e do exemplo de sua vida (...)”.

principal fundamento utilizado na sentença de Blackmun para limitar a interferência dos estados na liberdade pessoal das mulheres, resguardando-se a “soberania da mulher quanto ao uso de seu próprio corpo para fins de procriação” (DWORKIN, 2009, p. 75).

Observe-se que, para Dworkin, a escolha relativa ao aborto ultrapassa a questão da privacidade e envolve também a relação da mulher com o seu corpo, com a sua integridade física, espécie de intimidade que também foi assegurada em decisões anteriores²⁰.

Ainda na defesa de *Roe* e em uma perspectiva de direito como integridade, é possível sustentar que o direito de autonomia reprodutiva da mulher possui respaldo na prática constitucional passada, por ser coerente com as decisões anteriores, por meio das quais houve o reconhecimento direito à contracepção às pessoas casadas e solteiras (*Griswold vs. Connecticut* e *Eisenstadt vs. Baird*), precedentes cuja validade não é questionada e que consolidam a liberdade procriativa defendida por Blackmun, mesmo porque culminaram na ampla admissão, em território estadunidense, de métodos anticoncepcionais que inibem a nidificação, como o DIU e alguns tipos de pílulas contraceptivas (DWORKIN, 2019, p. 78-79).

Pode-se afirmar, portanto, que a teoria da interpretação pautada na leitura moral oferece argumentos importantes em favor da decisão proferida em *Roe vs. Wade*, pois evidencia o amparo que ela possui no *stare decisis*, o que é essencial no *common law*, preenchendo a “complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação” que justifica o direito (MACEDO JR., 2013, p. 210). A esse respeito, o posicionamento de Dworkin é bastante claro quanto à impossibilidade de reversão de *Roe*, por imperativo de observância ao direito construído ao longo da história estadunidense em torno da privacidade:

As decisões anteriores da Corte sobre a privacidade só podem justificar-se a partir do pressuposto de que as decisões que afetam o casamento e a procriação são tão íntimas e pessoais, tão determinantes para o desenvolvimento da personalidade e o sentido da responsabilidade moral e tão estreitamente ligadas às convicções éticas e religiosas protegidas pela Primeira Emenda, que as pessoas têm de ter o direito de tomar essas decisões por si mesmas, consultando a própria consciência, em vez de deixar que a sociedade lhes imponha a sua decisão coletiva. (DWORKIN, 2019, p. 79)

Assumindo essa perspectiva, não se pode negar que a reversão de *Roe vs. Wade* no momento histórico atual, importaria não apenas em insegurança jurídica como também um

²⁰ “(...) uma decisão sobre o aborto é pelo menos tão privada quanto qualquer outra decisão que o tribunal tenha protegido. Em certo sentido, é ainda mais privada, pois implica o controle pela mulher não apenas de suas relações sexuais como também das mudanças que se verificam em seu próprio corpo, e o Supremo Tribunal reconheceu, de diversas maneiras, a importância da integridade física.” (DWORKIN, 2009, p. 147)

grande retrocesso, por violação a uma interpretação constitucional reiterada em relação à procriação, principalmente quando se considera que decisões posteriores²¹ ratificaram a existência do direito ao aborto até o ponto de viabilidade embrionária, ainda que tenham admitido algumas limitações por força do reconhecimento de um interesse legítimo dos estados em relação ao valor intrínseco da vida, o que possibilitaria a imposição de condições ao exercício do direito de interrupção voluntária da gravidez, a fim de que as gestantes o utilizassem com responsabilidade (DWORKIN 2009, p. 211).

Em relação a tais condicionamentos, a existência de um interesse estatal em relação ao aborto é expressamente admitida por Dworkin, o que é consentâneo com sua visão de ambiente moral, de modo que a importância moral e emocional do feto para a comunidade política²² autoriza a criminalização do aborto a partir do momento em que o embrião se torna viável ou mesmo restrições anteriores à viabilidade, que exijam maior reflexão e responsabilidade das gestantes em deliberar sobre a escolha a ser feita, sem, contudo, cercear a liberdade da mulher em relação à procriação e ao próprio corpo.

Entretanto, o estabelecimento de condições à prática do aborto antes da viabilidade do feto, apenas se mostra possível quando e na medida em que não implique em sua proibição indireta ou no estabelecimento de um “*undue burden*” – ou seja, de um ônus excessivo – à gestante, o que veio a ser reconhecido posteriormente pela Suprema Corte em voto proferido conjuntamente pelos *Justices* Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy e David Souter, no caso *Planned Parenthood vs. Casey*, precedente que ratificou o direito ao aborto em momento anterior à viabilidade do feto, com base na cláusula do devido processo legal, prevista na Décima Quarta Emenda²³, ainda que tenha revogado o padrão trimestral estabelecido em *Roe vs. Wade* ao exigir a demonstração fática do estágio de viabilidade embrionária.

²¹ O direito à liberdade procriativa foi reafirmado, por exemplo, na decisão posterior, *Carey vs. Population Services* (1977).

²² Nesse sentido, pronuncia-se o autor: “É cabível que o estado tenha medo dos efeitos que a liberalização do aborto possa ter sobre o respeito instintivo dos cidadãos pelo valor da vida humana e seu horror perante a destruição ou o sofrimento de seres humanos, valores esses que são essenciais para a conservação de uma sociedade minimamente organizada” (DWORKIN, 2019, p. 87).

²³ Nesse caso, eram questionadas exigências estabelecidas pelo Estado da Pensilvânia (*Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*) para a prática do aborto, dentre as quais a necessidade de se aguardar o prazo de vinte e quatro horas, de consentimento do genitor e consentimento dos responsáveis em caso de gestante menor de idade. No caso, declarou-se apenas a inconstitucionalidade da exigência de prévia notificação ao genitor.

É interessante mencionar que, na opinião de Dworkin (2009, p. 23), o esquema trimestral elaborado por Blackmun se justificava em aspectos biológicos, já que é apenas no terceiro trimestre que o feto adquire a viabilidade e se torna maduro o suficiente para a vida extrauterina, período que também coincide com o momento em que o cérebro está desenvolvido o bastante para capacidades mais complexas, como sentir dor.

Outro aspecto a ser mencionado, é que o lapso temporal estabelecido pela Suprema Corte, tanto em *Roe* como em *Casey*, é suficiente para garantir à gestante um lapso temporal adequado para que possa realizar sua escolha de interromper ou não a gravidez de forma refletida (DWORKIN, 2019, p. 87).

De toda maneira, sem embargo de se admitirem restrições em respeito ao ambiente moral construído por determinada comunidade política, não se pode olvidar que a ética que permeia a regulação estadual – e mesmo nacional – dos direitos fundamentais deve estar amparada sob a égide da responsabilidade e não da conformidade. Com efeito, se a Constituição norte-americana tem a finalidade de proteção dos direitos em face do Estado e garante expressamente a liberdade, sem trazer qualquer convicção pré-concebida a respeito do sentido da vida a ser observado pelas pessoas, é impositivo que a comunidade respeite as concepções e escolhas individuais, não havendo justificativa para a intromissão da autoridade pública sobre a íntima convicção das pessoas, o que integra a própria dignidade humana.

A justificação da liberdade está no dever do Estado de considerar os indivíduos como agentes morais responsáveis, o que constitui, para Dworkin, uma característica essencial a uma “sociedade política justa”. Justamente pela inadmissibilidade da imposição de uma moralidade política aos cidadãos, é inafastável a firme defesa da liberdade de escolha e também da liberdade de expressão de todas as pessoas, já que elas têm o direito de manifestar suas opiniões no ambiente moral em que vivem:

(...) as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. (...). (DWORKIN, 2019, p. 319)

Conforme é possível observar, toda a argumentação desenvolvida por Dworkin em torno da temática do aborto é coerente e consentânea com a sua teoria do Direito como

Integridade, pois, ao mesmo tempo em que realiza a defesa da liberdade procriativa da mulher com base na interpretação dos princípios abstratos previstos na Constituição, embasa seu raciocínio na prática constitucional da Suprema Corte e considera a necessidade de aplicá-los de forma contextualizada, sem olvidar as consequências que a solução ensejará no futuro.

Outrossim, em consonância com o individualismo ético, o autor reconhece os aspectos morais que constituem o ponto nevrálgico da polêmica relativa à interrupção voluntária de gestações indesejadas, estabelecendo as fronteiras em que o interesse do Estado em resguardar o ambiente moral da comunidade política justifica a sua interferência na liberdade dos agentes morais, sempre com a finalidade de promover a responsabilidade destes nas escolhas que irão tomar com base em suas convicções pessoais, sem jamais constrangê-las ou conformá-las. Do mesmo modo, defende amplamente a liberdade de expressão de todos os indivíduos, pois reconhece o seu interesse não apenas em influenciar as decisões da coletividade – em um espaço de autodeterminação política – como também em influir no pensamento dos demais agentes morais que nela atuam.

Diante de tais argumentos, não parece haver justificação jurídica suficiente para alterar a decisão proferida em *Roe vs. Wade*, mesmo porque o direito ao aborto até o momento de viabilidade embrionária consolidou-se ao longo de quatro décadas na sociedade estadunidense e, como reconhece Dworkin (2019, p. 202), a reversão do precedente implicaria não apenas em uma violação à integridade do direito como também seria danosa à própria legitimidade da Suprema Corte, já que o direito não é constituído por regras isoladas, mas uma carta de princípios que exige uma interpretação coerente na prática constitucional. Nesse viés, “uma decisão da Suprema Corte e, sobretudo, uma decisão que reconheça direitos constitucionais individuais, não deve ser revogada a menos que seja manifestamente errada ou se tenha comprovado completamente inviável”, e, ao menos no entender de Dworkin (2019, p. 89) *Roe. vs. Wade* não é errada e muito menos evidentemente errada”.

4 ROE NOVAMENTE EM PERIGO

Embora as discussões em relação a algumas liberdades envolvendo a moralidade sexual já tenham, de certo modo, arrefecido com o transcorrer do tempo e o progresso do constitucionalismo democrático, a polêmica relativa ao aborto permanece acesa, sobretudo em vista das legislações recentemente promulgadas por alguns estados norte-americanos, que,

impulsionados por valores familiares tradicionais e religiosos, buscam limitar a possibilidade de sua realização ou condicioná-la de maneira a praticamente inviabilizar a interrupção voluntária da gravidez, contrariando o entendimento da Suprema Corte em *Roe* e *Casey*.

O fato de o dilema existente em torno de *Roe vs. Wade* já se estender há mais de quatro décadas, corrobora a tese dworkniana de que o direito é um ramo da moralidade política e que “a Suprema Corte é necessariamente um fórum de princípios, onde as convicções dos próprios juízes sobre as questões mais fundamentais da democracia e da justiça terão frequentemente um papel decisivo” (DWORKIN, 2019, p. 510).

A considerar que a indicação dos juízes é política e que normalmente a escolha está vinculada ao posicionamento dos *Justices* em um nível mais conservador ou liberal e que, até o presente momento, a despeito das alterações ocorridas na Suprema Corte, a vigência de *Roe* vem sendo garantida por maioria de votos, pende sobre o precedente uma imensa espada de Dâmocles, que ameaça cair sempre que há a substituição de um dos integrantes do colegiado.

Ao incluir a moral como fundamento de validade do direito, a teoria dworkiniana, por seu aspecto metodológico-interpretativo, garante uma melhor compreensão acerca dessa situação complexa e de elevado caráter axiológico, que não pode ser dirimida com base em regras estritas com respostas prontas e acabadas e em um silogismo puro e simples.

Pode-se afirmar que a leitura realizada por Dworkin especificamente em relação ao aborto, com fundamento nos princípios da igualdade e da liberdade, interpretados em conformidade com a coerência e integridade do direito, ratifica o reconhecimento de um direito de liberdade de procriação, e consequentemente ao próprio aborto até o limite temporal da viabilidade do feto, haja vista a cláusula do devido processo, os ideais políticos de igualdade de consideração e de proteção, bem como a liberdade religiosa e a privacidade, tendo em vista toda a prática constitucional estadunidense que embasa o *stare decisis* do *common law*.

É bem verdade que, no plano empírico, há mostras de que o direito constitucional das mulheres em interromper a gravidez até a viabilidade fetal, reconhecido em *Roe*, vem sofrendo severas restrições, inclusive a ultrapassar o nível de tolerância e a configurar um *undue burden* ao próprio exercício desse direito, em aparente violação aos limites de intervenção estatal cunhados pela decisão *Casey*.

Todavia, segundo a teoria interpretativa defendida por Dworkin, as convicções morais e pessoais dos *Justices* não pode ocasionar a eliminação pura e simples desse direito fundamental, haja vista o comprometimento dos juízes com a integridade do Direito, que exige a coerência entre a interpretação e aplicação dos princípios e o uso que deles se fez na prática constitucional passada, sem desconsiderar as consequências futuras da decisão a ser tomada.

No contexto atual, as leis que desafiam *Roe vs. Wade* aparentemente engendram restrições aleatórias e pautadas em convicções morais e religiosas supostamente majoritárias, com referência ao momento a partir do qual se detectam os primeiros batimentos cardíacos do feto (LIA, 2019), sem que se observem os aspectos científicos relativos à efetiva viabilidade do feto entre 24 e 28 semanas, expressamente trazidos nos precedentes *Roe* e *Casey*.

Destaque-se que houve a proibição completa da interrupção voluntária da gravidez pelo Alabama - à exceção da hipótese de risco à vida da mãe - e a maior parte dos demais estados retroagiu a admissão do aborto para o máximo de seis semanas de desenvolvimento fetal, o que praticamente elimina a possibilidade de exercício da liberdade reprodutiva das mulheres, além de contrariar manifestamente o entendimento da Suprema Corte a respeito do tema.

Em realidade, se considerado o tempo necessário ao conhecimento da gravidez, resta pouco ou quase nenhum lapso temporal para que as mulheres possam decidir a respeito da interrupção ou não da gravidez indesejada (LIA, 2019). Nesse sentido, a proibição em período tão prematuro da gestação não apenas desconsidera os casos de malformação fetal que apenas se evidenciam em estágio mais avançado da gravidez, como também impede as mulheres de realizar uma reflexão mais aprofundada sobre realizar ou não o aborto, o que pode ensejar decisões precipitadas que vão de encontro ao próprio valor intrínseco da vida que os manifestantes *pro-life* tanto buscam resguardar.

Ademais, permanece o estado fático citado por Dworkin, no sentido de que a maioria dos abortos é realizada no primeiro trimestre de gestação, pois, conforme dados fornecidos pelo CDC - *Centers for Disease Control and Prevention* (2015), há uma estimativa que 92% (noventa e dois por cento) dos abortos é realizada nas primeiras treze semanas de gestação, ou seja, muito antes de o embrião se tornar viável.

Assim, contrariamente aos argumentos de ativistas pró-vida, não há evidências concretas de que *Roe vs. Wade* resultou em um aumento estatístico dos abortos realizados em

território norte-americano, mesmo porque a maior parte deles ocorreu clandestinamente e não pode ser calculada em números. No entanto, pode-se comprovar empiricamente a redução de 40% (quarenta por cento) do número de mortes decorrentes dos procedimentos de interrupção da gravidez, após o julgamento (DWORKIN, 2019, p. 70). Com base nesses dados, é sustentável a tese levantada pelo autor, no sentido de que a legalização do aborto garantiu maior igualdade política ao permitir às mulheres de baixa renda a interrupção voluntária da gravidez, prática que já era viável àquelas com melhores condições econômicas, que poderiam viajar a outros estados em que o aborto fosse permitido.

Desse modo, ao se pensar nos fundamentos que levaram à legalização do aborto em *Roe*, não há motivos para a revogação do precedente no plano empírico. Pelo contrário, em uma perspectiva consequencialista, é preocupante a possibilidade de que o antigo quadro de risco à saúde e integridade das mulheres – que, inclusive, constituiu um dos fundamentos da decisão – seja restabelecido caso a proibição seja novamente imposta, já que, a despeito das bandeiras levantadas pelo movimento pró-vida, há indícios bastantes de que a prática dos abortos continuará a ocorrer independentemente da revogação do precedente, com o agravante do maior risco envolvido em sua realização clandestina.

De toda forma, o que se pretende efetivamente sustentar é que a abordagem estritamente política da questão relativa ao aborto, com a admissão incondicionada das restrições impostas pelos estados – as quais atualmente se encontram com eficácia suspensa – e a revogação de sua concepção enquanto direito constitucional, trazida em *Roe vs. Wade*, sem que haja qualquer fundamento jurídico ou empírico plausível, acaba por colidir frontalmente com a compreensão do direito como integridade e coerência, pois desconsidera de forma injustificada o *stare decisis* e toda a prática constitucional estadunidense relativa à proteção das liberdades individuais, para além de comprometer a própria dignidade das mulheres, que não terão respeitada a sua privacidade, liberdade religiosa, liberdade quanto a seu próprio corpo e, tampouco, a autonomia em relação à procriação.

A rigor, tal compreensão vulnera a própria concepção de democracia como espaço em que os agentes morais independentes, merecedores de igual consideração e respeito pelo estado, têm liberdade de participação política e construção dos valores que sustentam o ambiente moral da comunidade, e também são dotados de liberdade negativa, correspondente à autonomia na definição dos rumos de sua própria vida, aspecto essencial à dignidade humana (DWORKIN, 2014, p. 22-25).

Nessa perspectiva, os protestos realizados por ativistas *pro-life* nas portas das clínicas, os discursos morais de profanação da vida e mutilação dos valores tradicionais da família, bem como as constantes ameaças de antiabortistas extremistas, representam, na perspectiva teórica dworkniana, um perigo muito menos evidente à liberdade das mulheres e ao Direito como Integridade do que a reversão de *Roe* e o reconhecimento da constitucionalidade das leis que atualmente o desafiam.

5 CONCLUSÃO

O raciocínio desenvolvido ao longo do presente artigo buscou referenciar os principais aspectos da teoria do direito como integridade de Dworkin, a fim de apontar os motivos pelos quais a interpretação, segundo a leitura moral do direito, impele à não revogação de *Roe vs. Wade*.

Conforme se buscou elucidar, toda a teoria de Dworkin parte de uma premissa de unidade de valor, sendo necessária a justificação moral do direito, que se constrói de forma íntegra e coerente pelo juiz a partir da reinterpretação da prática constitucional passada à luz do contexto em que ele próprio se encontra, com base nos princípios abstratos previstos na Constituição, dos quais se extraem os ideais da comunidade política.

De fato, uma comunidade política que historicamente se pretende liberal e igualitária deve preservar a independência dos indivíduos na formulação de sua convicção moral a respeito do valor intrínseco da vida, sendo inexigível a conformidade das escolhas pessoais com os padrões majoritários, sobretudo quando oriundos de atos governamentais a nível estadual, que desconsideram os ideais políticos amplamente reconhecidos em decisões anteriores, abrangendo a privacidade, o devido processo legal e a liberdade religiosa, culminando no reconhecimento de uma autonomia procriativa.

São justamente esses argumentos que sustentam, em uma perspectiva de Direito como Integridade, a manutenção de *Roe* nos dias atuais, em que a polêmica continua centrada nas mesmas discussões políticas já havidas em 1973, no embate entre os ativistas *pro-choice* e *pro life*, não havendo qualquer outra circunstância, jurídica ou empírica, para além da alteração da composição da Suprema Corte, a permitir a desfiguração de um direito já constitucionalmente assegurado ao longo de mais de quarenta anos, o que, por si só, impõe a

observância da segurança jurídica em vista da expectativa criada em relação à possibilidade de realizar aborto até o ponto de viabilidade fetal.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. **Liberty**. 2ª Rev. Ed. London: Oxford University Press, 2002.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch. the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven & London: Yale University Press, 1962.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª Ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Justice in robes**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2006.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 2ª Ed. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. **O império do Direito**. 2ª Ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EUA. Centers for Disease Control and Prevention (CDC). **Abortion Surveillance**, 2015. Disponível em: <<https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/67/ss/ss6713a1.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

EUA. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Suprema Corte. **Eisenstadt v. Baird**, 405 U.S. 438 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Suprema Corte. **Griswold v. Connecticut**, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 27. jul. 2019.

_____. Suprema Corte. **Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey**, 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. Suprema Corte. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JACOBS, Julia; STEVENS, Matt. With abortion in spotlight, states seek to pass **The New York Times**. Nova Iorque, 8 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/02/08/us/abortion-laws.html>>. Acesso em 29.07.2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

KRAMER, Larry. **The people themselves**. Kindle Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAI, K. K. Rebecca. Abortion bans: 9 states have passed bills to limit the procedure this year. **The New York Times**. Nova Iorque, 29 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2019/us/abortion-laws-states.html>>. Acesso em 29.07.2019.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: law, state, and practical reason. Kindle Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MICHAEL SEROTA. Popular constitutional interpretation. **Connecticut Law Review**, vol. 44, nº. 5, jul. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1807226>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

REVERSING Roe. Direção: Ricki Stern. Produção: Anne Sundberg. Realização de Netflix [documentário]. Nova Iorque: Netflix (99min). Acesso em 24 jul. 2019.

TENOLD, Vegas; GORDON, Glenna. On the forntline: 12 hours in a besieged abortion clinic. **The Guardian**. Londres, 24 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2019/jul/24/abortion-wars-alabama-12-hours-besieged-clinic>>. Acesso em: 29.07.2019.

TUSHNET. Mark. **Comparative Constitucional Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Inc., 2014.

WALDRON. Jeremy. The core of the case of judicial review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, nº. 6, apr. 2006, p. 1346-1406.

Submetido em

Aceito em 04.09.2019

Aceito em 21.10.2020