

Opinião: A descriminalização do aborto pela via judicial no Brasil

A descriminalização do aborto, tema que ganhou as colunas de jornais neste ano no Brasil ante a aprovação de projeto de lei a respeito na Argentina, é pauta de processo judicial por aqui. Trata-se da ADPF 442, que, proposta pelo PSOL em 2017, pretende a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação. Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser pautada para julgamento em 2022 pelo Supremo Tribunal Federal. O debate sobre o tema pelos profissionais do Direito afigura-se, assim, propício e crucial, de modo a dar respaldo à corte em uma matéria extremamente polêmica. O presente escrito, servindo-se das lições de Ronald Dworkin [\[1\]](#), destina-se a



A principal controvérsia posta ao apreço do STF na ADPF

em questão diz respeito à sua legitimidade para decidir sobre o tema. Caberia a juízes não eleitos pelo povo dar a palavra final sobre uma questão profundamente moral? Isto é, o suposto direito ao aborto não é derivável diretamente do texto constitucional, e a possibilidade de os magistrados da Suprema Corte virem a encontrá-lo através de uma atividade hermenêutica — ou criá-lo, para os críticos de uma leitura moral da Constituição — é tida por muitos como extremamente antidemocrática.

Todavia, nos lembra Dworkin que, para essa discussão, devemos, sobretudo, responder à pergunta acerca de que conceito de democracia adotamos.

Para o autor, a noção de democracia albergada por Constituições como a norte-americana e a brasileira não é puramente estatística, procedimental, mas substancial. Democracia, segundo ele, não é mero governo da maioria, mas significa que três princípios ou condições devem ser assegurados.

Primeiro, o princípio — ou condição — da participação. O constitucionalista afirma que em uma democracia genuína é necessário assegurar a todo e qualquer cidadão a possibilidade de ter um papel na tomada de decisões políticas, de fazer a diferença no direcionamento das ações desse agente moral autônomo. Isso é indispensável para que haja uma unidade de responsabilidade, porque ninguém se sente parte de uma ação coletiva se não tiver a real capacidade de influir nela. Essa participação deve ser garantida independentemente de juízos sobre o merecimento, posição social, talento ou habilidade do indivíduo, e envolve o direito não apenas ao voto, mas também à voz.

O segundo princípio democrático trazido à lume por Dworkin é *the principle of stake*.

Um Estado em que todos têm direito ao voto e à voz, uma perfeita *statistical democracy*, pode, ainda assim, ser arrebatado pela tirania da maioria, privando minorias, sistematicamente, da justiça social.

E democracia, adverte Dworkin, "*means government both by and for the people*" [2]. O conceito comunitário de democracia não pode se adstringir às garantias procedimentais, à participação política, deve adicionar justiça substancial.

O autor enfatiza que essa noção de democracia, comunitária e por iguais, exige reciprocidade. Uma pessoa não é parte da comunidade, dividindo responsabilidades, a menos que seja tratada por todos como um igual membro do grupo. E isso significa dizer que o impacto que as decisões políticas do "povo" possam causar na vida e nos interesses de um cidadão deve, sem distinção, ser seriamente levado em conta para o sucesso geral da ação coletiva.

Ao adicionar o igual respeito e preocupação com cada cidadão como condição para uma genuína democracia, Dworkin dá o passo decisivo na distinção entre a democracia meramente estatística e a democracia comunitária, substancial.

O último dos três princípios caracterizadores do conceito de democracia dworkiniana é "*o princípio da independência*".

A exigência de independência ética e moral dos membros da comunidade é o que distingue uma democracia comunitária de um governo totalitário.

Consiste em dizer, primeiramente, que uma democracia genuína deve criar incentivos e condições propícias para que os cidadãos construam suas próprias convicções e reflexões sobre temas de política, ética e moral.

O que se busca vedar, com tal princípio, é que a comunidade, por outro meio que não o legítimo debate argumentativo, tente mudar as convicções de um cidadão. O emprego de meios coercitivos ou obscuros para inculcar no indivíduo uma moral comunitária faria da ação coletiva um totalitarismo.

E a abrangência do princípio da independência vai mesmo além disso. Implica não apenas incentivar que o indivíduo tenha suas próprias reflexões, mas também em assegurar que ele possa viver sob elas. Por vezes o ter concepções autônomas de ética e moral e o agir conforme elas são coisas tão intimamente conectadas que pretender dissociá-las seria consagrar uma independência apenas artificial [3].

Dworkin deriva importantes consequências dessa última afirmação. Extrai dela que uma certa dose de tolerância liberal faz parte do conceito de democracia, é condição de uma concepção substantiva. Isso implica dizer que existem áreas em que decisões estão tão fortemente ligadas à julgamentos pessoais que furtá-las da esfera privada, impondo concepções comunitárias, seria negar a própria existência do indivíduo enquanto sujeito ético e, assim, excluí-lo da comunidade democrática: *"It is preposterous that I should think of myself as sharing integrated collective responsibility within a group that denies my capacity to judge for myself"* [4].

O autor, é claro, não intenta apontar quais seriam todas essas áreas, mas afirma que *"it makes some form of liberal tolerance of unpopular sexual and personal morality part of the very conditions of democracy"* [5].

Em síntese, em matéria de *"decisions of personal commitments"*, o princípio da independência, ao ver do autor, viria a objetar legislações "moralizadoras", ainda quando elas deixem espaço para que os cidadãos "pensem o que quiserem contanto que façam o que a lei diz".

Essas são, em suma, as condições dworkinianas para uma legítima democracia. Elas oferecem balizas para considerar quando uma posição jusfundamental, ainda que assimilada como um típico freio contramajoritário, seria, em verdade, constituinte de uma democracia genuína.

Para Dworkin, quando esses princípios estiverem sendo ameaçados, quando essas condições estiverem em jogo, não pode haver dúvida: os juízes são dotados não apenas de competência, mas também de legitimidade democrática para afirmar tais direitos contra a "vontade majoritária". Ao aplicar tais posições jusfundamentais contra a maioria, a corte não viola a democracia, antes reafirma-a [6].

A discussão que se porá à frente é, assim, a de saber se a criminalização do aborto ofende alguma(s) dessas condições à uma genuína democracia.

No entanto, questão prévia a essa é a de saber como a Suprema Corte deve interpretar a Constituição nessa tarefa.

Para o autor, harmônica com a concepção comunitária de democracia é a ideia de que os juízes devem decidir questões de moral de forma coordenada, com base nos princípios que, inculpidos na Constituição, caracterizam a comunidade, como se fosse uma única pessoa a decidir: "o povo". A decisão judicial deve, assim, ter sempre um poder explicativo geral sobre a estrutura e história constitucional e a prática jurídica da comunidade, mantendo uma visão singular e coerente de justiça e equidade.

Aqui, para elucidar a atitude interpretativa esperada do guardião da Constituição em um Estado democrático, o autor lança mão de uma analogia. Trata-se da figura do romance em cadeia. Dworkin concebe a hipótese de um grupo de romancistas que escreve um romance em série, em que cada um deve interpretar os capítulos anteriores e dar continuidade à obra. Eles devem criar um romance com a melhor qualidade possível, como se fosse empreendimento de um único autor.

Quando um romancista recebe os capítulos anteriores, a interpretação que ele deve adotar, para então dar continuidade, deve possuir um poder explicativo geral e fluir ao longo do texto.

Se ele gostaria que fosse dado determinado caminho à história, mas ao receber o texto entende que aquela interpretação seria incompatível com o que já foi escrito, deve abandonar a empreitada, e adotar outra interpretação que tenha compatibilidade com o conjunto da obra.

Se compreender, por outro lado, que mais de uma interpretação se ajusta ao conjunto do texto, deve fazer um juízo acerca de qual agregaria mais à obra em desenvolvimento.

Veja-se que não há, assim, nem total liberdade criativa para cada romancista, e nem a coerção mecânica. O romancista sentirá liberdade de criação se comparar sua tarefa com a do tradutor de um texto em língua estrangeira. Mas se sentirá reprimido se compará-la com a de um romance que, desde o início, pôde escrever sozinho.

E assim é também a tarefa interpretativa do magistrado. Os juízes são como autores, cada um escrevendo, com sua decisão judicial, um capítulo da obra conjunta consistente na história institucional da comunidade. Sua contribuição deve se encaixar, fazer sentido, quando a história é lida como um todo.

E fato é que, analisando os precedentes da Suprema Corte acerca do tema (HC 84.025[7]; ADI 3.510[8]; ADPF 54[9]; HC 124.306[10]), se extrai facilmente que, de forma coordenada e harmônica, o "povo" enuncia e dá especial ênfase ao princípio da autodeterminação da mulher em detrimento da vida do feto. Exige-se, assim, que siga nesse caminho, caso, é claro, adotada a integridade hermenêutica, constrição à atitude interpretativa aventada por Dworkin.

O que se retira destas decisões judiciais é que, ao ver do STF, ao longo de anos de prática jurídica coerente, a criminalização do aborto ofende o princípio da independência.

Isso porque nega à mulher a condição de sujeito ético e político, ao obstar-lhe a tomada de uma decisão profundamente pessoal, que diz respeito ao seu próprio corpo e ao seu projeto de vida. A título de exemplo, destaca-se passagens dos pronunciamentos judiciais supracitados:

"A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pela dignidade humana (...) a autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida (...) Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado — isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito — impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?" (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. relator ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, nº 80, 30 abr. 2013).

"(...) A reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções (...) no entanto, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma" (Habeas Corpus nº 124.306. relator ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016).

"(...) Cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida (...) esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade humana" (Habeas Corpus nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 mar. 2004).

Ainda, adicione-se, como menciona a inicial da ADPF 442, que a criminalização do aborto ofende *the principle of stake*. Isso pois impõe à mulher uma concepção moral coletiva cujos efeitos deletérios são suportados integralmente por elas, e principalmente pelas menos abastadas economicamente. Diante de uma gravidez indesejada elas, hoje, têm apenas a dolorosa escolha entre interromper seus estudos, seu trabalho, sua vida pública, ou se submeter a procedimentos clandestinos, cuja precariedade é maior, é claro, para as mulheres pobres, colocando-as em risco de vida. Dessa forma, ao impor a gestação às mulheres a comunidade democrática falha em dispensar-lhes igual respeito e consideração.

Dessa forma, diante das premissas adotadas, o direito ao aborto seguro e gratuito erige-se, como indicam os precedentes do STF, em condição para uma democracia genuína, para a afirmação da mulher enquanto um igual e livre membro da comunidade democrática. Por essa razão, antes de atentar contra a democracia, a Suprema Corte, caso decida pela não recepção do tipo penal em questão, estará afirmando-a.

- [1] DWORKIN, R. "Constitutionalism and Democracy". *European Journal of Philosophy*. v.3, 1995.
_____. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
_____. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.
_____. *Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
_____. *Life's Dominion: an argument about abortion, eutanásia, and individual freedom*. New York: Knopf, 1993.
_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
_____. *Sovereign Virtue*. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 2000.
_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1982

[2] DWORKIN, R. Equality... op. cit., p. 339.

[3] DWORKIN, R. Equality... op. cit., p. 341.

[4] DWORKIN, R. Equality... op. cit., p. 341.

[5] DWORKIN, R. Equality... op. cit., p. 341.

[6] *"A constitution of principle, enforced by independent judges, is not undemocratic. On the contrary, it is a precondition of legitimate democracy that government is required to treat individual citizens as equals, and to respect their fundamentals liberties and dignity"*. (DWORKIN, R. Life's Dominion...op. cit., p. 123),

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ, relator: ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 mar. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em 05/07/2018.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. relator: ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 de maio de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 05/07/2018.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, nº 80, 30 abr. 2013. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20%20Inteiro%20teor>
>. Acesso em: 05/07/2018.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em:
05/07/2018.

Date Created

25/11/2021