

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES: A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS EM ROE VS. WADE E EM DOBBS VS. JACKSON

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND OVERCOMING PRECEDENTS: THE ACTION OF THE UNITED STATES SUPREME COURT IN ROE VS. WADE AND IN DOBBS VS. JACKSON

RVD

Recebido em

18.04.2023

Aprovado em.

11.10.2023

João Pedro Martins de Sousa¹

RESUMO

Mesmo após décadas de discussão na literatura jurídica, a temática do abortamento conserva seu aspecto polêmico nos meios social e jurídico. Embora a decisão sobre descriminalizar ou não a prática do abortamento geralmente seja tomada pelo Poder Legislativo, por meio de edição de lei formal, observam-se casos em que o Poder Judiciário se posiciona como protagonista diante da questão. O exemplo mais expressivo da última situação é o conteúdo da decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973, no julgamento do caso Roe vs. Wade, que proibiu a criminalização do abortamento em todo o país até a décima segunda semana de gestação. A literatura jurídica, por seu turno, em várias ocasiões tomou Roe vs. Wade como paradigma para estudos sobre a atuação do Poder Judiciário, como Dworkin (2003) e Sarmento (2005), havendo o alerta, inclusive, para as possíveis consequências que esse papel judicial mais ativo poderia ter sobre os domínios social e político. Ilustrando que a polêmica sobre a questão nunca havia cessado, o precedente criado em Roe vs. Wade foi superado em 2022, com a finalização do julgamento pela Suprema Corte estadunidense do caso Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization. Diante dessas premissas, utilizando-se do método de pesquisa de revisão narrativa de literatura, o presente trabalho objetiva analisar como a atuação do Poder Judiciário na descriminalização do abortamento em Roe vs. Wade pode ter exercido influência para que o próprio precedente fosse derrubado décadas após e, ao cabo, avaliar se o mencionado overruling guarda relação com o chamado efeito backlash.

PALAVRAS-CHAVE: Abortamento; Roe vs. Wade; Dobbs vs. Jackson; Poder Judiciário; Backlash.

ABSTRACT

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-graduado em Direito Público (2023). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7036291364640863>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9344-2953>.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

Even after decades of discussion in the legal literature, the issue of abortion retains its controversial aspect in social and legal circles. Although the decision on whether or not to decriminalize the practice of abortion is usually taken by the Legislative Branch, through the enactment of a formal law, there are cases in which the Judiciary is positioned as a protagonist in the face of the issue. The most expressive example of the latter situation is the content of the decision taken by the United States Supreme Court in 1973, in the judgment of *Roe v. Wade*, which banned the criminalization of abortion across the country until the twelfth week of pregnancy. Legal literature, for its part, has on several occasions taken *Roe v. Wade* as a paradigm for studies on the performance of the Judiciary, such as Dworkin (2003) and Sarmento (2005), with an alert, including the possible consequences that this more active judicial role could have on the social and political domains. Illustrating that the controversy over the issue had never ceased, the precedent set in *Roe v. Wade* was surpassed in 2022, with the conclusion of the judgment by the US Supreme Court in the case of *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Given these premises, using the research method of narrative literature review, the present work aims to analyze how the role of the Judiciary in the decriminalization of abortion in *Roe v. Wade* may have exerted influence to overturn the precedent itself decades later and, in the end, assess whether the aforementioned overruling is related to the so-called backlash effect..

KEYWORDS: Abortion; *Roe vs. Wade*; *Dobbs vs. Jackson*; Judicial power; Backlash.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do Estado de Direito, nos idos dos séculos XVIII e XIX trouxe consigo uma concepção fundamental à arquitetura jurídica do Estado: a submissão ao império da lei positiva. Todavia, esse juízo clássico de estrita resignação ao comando legal foi progressivamente repensado quando da ascensão do Poder Judiciário como guardião da ordem constitucional, notadamente em alguns países cuja tradição jurídica se funda sobre a chamada *common law*, como os Estados Unidos, cenário em que a Suprema Corte possui nítido papel de destaque. Em seu histórico, a Corte estadunidense coleciona julgados polêmicos, os quais até hoje reverberam sobre o universo jurídico. Uma dessas decisões foi a tomada no caso *Roe vs. Wade*.

Passadas décadas de discussão na literatura jurídica, a temática do abortamento conserva seu aspecto polêmico nos meios social e jurídico. Em 1973, no julgamento do caso *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em apertada síntese, proibiu a criminalização do abortamento em todo o país até a décima segunda semana

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

de gestação, vinculando os legislativos estaduais – que lá possuem autonomia para legislar nessa seara.

Embora a decisão sobre descriminalizar ou não a prática do abortamento geralmente seja tomada pelo Poder Legislativo, por meio de edição de lei formal, o que ocorreu nos Estados Unidos em 1973 segue sendo, até hoje, objeto de farta análise jurídica exatamente pela forma como se deu tal descriminalização: pela via judicial. Ao longo dos anos, a literatura jurídica em várias ocasiões tomou *Roe vs. Wade* como paradigma para estudos sobre a atuação do Poder Judiciário, havendo o alerta, inclusive, para as possíveis consequências que esse papel judicial mais ativo poderia ter sobre os domínios social e político.

Ilustrando que a polêmica sobre a questão nunca havia cessado, o precedente criado em *Roe vs. Wade* acabou sendo superado em 2022, com a finalização do julgamento pela Suprema Corte estadunidense do caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*.

Diante dessas premissas, cabe salientar que o presente artigo não pretende adentrar no mérito do abortamento, de forma direta ou indireta, de forma que não busca emitir qualquer juízo de valor a respeito da referida prática. Feita tal consideração, este trabalho busca analisar como a atuação do Poder Judiciário na descriminalização do abortamento em *Roe vs. Wade* pode ter exercido influência para que o próprio precedente fosse derrubado décadas após e, ao cabo, avaliar se o mencionado *overruling* guarda relação com o chamado efeito *backlash*, utilizando-se para tanto do método de pesquisa de revisão narrativa de literatura.

2. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E JUDICIAL REVIEW NOS ESTADOS UNIDOS

Com a decadência dos modelos absolutistas no curso dos séculos XVIII e XIX, diversos países ocidentais desenvolveram o que mais tarde seria conhecido como “constitucionalismo”, pautado no ideal de que o poder estatal deveria ser restrito e que, para tanto, deveria existir um documento que assegurasse que o Estado não invadiria arbitrariamente as garantias individuais – àquela altura ligadas à burguesia. Esse

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

panorama corroborou para o aparecimento das primeiras Constituições escritas, que expressavam, a um só tempo, as bases organizacionais dos respectivos Estados-nacionais e a garantia de que o seu conteúdo não seria modificado com a facilidade de outros instrumentos legislativos – daí advindo a rigidez constitucional (Dimoulis; Lunardi, 2016).

Essas características corroboraram para a identificação da Constituição como um documento legislativo que deveria se sobrepor aos demais diplomas legais, funcionando como o *paramount law* (norma paradigma) (Bastid, 1934, P. 32, *Apud* Dimoulis; Lunardi, 2016, p. 21). Daí, portanto, emerge a condição de supremacia do texto constitucional.

Todavia, para assegurar que esse pressuposto transpassasse as folhas escritas, importava estabelecer *quem* o garantiria. A questão foi discutida ao longo dos séculos sob diversas matrizes, mas, nos Estados Unidos, a partir do precedente aberto em *Madison vs. Marbury*, a atribuição de garantir a supremacia da Constituição – e, em última análise, a sua prevalência no caso concreto e em face das demais normas – foi dada ao Poder Judiciário. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003, p. 459), já em 1803, sinalizavam que era *dever* dos tribunais de justiça “declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição”.

Um destaque relevante é que a atribuição de defender a Constituição, ao menos no princípio do constitucionalismo, foi confiada ao Poder Legislativo em vários países da Europa, tendo em vista que no Velho Continente “o esquema de Montesquieu da separação dos ‘poderes’ elevou o Legislativo à condição de poder soberano”, enquanto que, na América do Norte “o mesmo esquema resultou no fortalecimento do Judiciário” (Rocha, 1995, p. 88).

Diante dessa arquitetura constitucional, tem-se a Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário dos Estados Unidos, a qual possui uma notória singularidade. Diferentemente do que ocorre nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro, a Corte não possui competência para avaliar a constitucionalidade de leis ou atos normativos pela via abstrata, apenas detendo capacidade de analisar essa questão pela via incidental, a partir da análise de casos concretos (Moreira, 2003).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

Atualmente, essa avaliação pela via incidental se dá, em grande parte, a partir de *writ of certiorari*, que, a seu turno, trata-se de uma ordem judicial avocatória capaz de transferir processos para análise pela Suprema Corte, o que ocorre de maneira discricionária. Após analisar o *writ*, cada juiz realiza sua análise sobre o cabimento de julgamento da matéria pelo colegiado da Corte, sendo que essa revisão “é admitida se ao menos quatro juízes votam pela admissibilidade da petição, prática conhecida como *rule of four*” (Mello, 2009, p. 141). Assim são avaliados boa parte dos casos que chegam à Suprema Corte, como foi o polêmico *Roe vs. Wade*.

3. ROE VS. WADE: PANORAMA JURÍDICO E EFEITOS DO PRECEDENTE

Como na expressiva maioria dos textos constitucionais, a Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) não cuida de regulamentar a questão do abortamento. No entanto, o silêncio do direito constitucional positivo não impediu que a Suprema Corte do país moldasse a temática, através do emblemático julgado *Roe vs. Wade*, em 1973. Na oportunidade, por 7 votos a 2, a Corte declarou inconstitucional uma lei estadual do Texas que criminalizava a prática do abortamento, excepcionando apenas os casos em que houvesse risco à vida da gestante (Sarmiento, 2005). Não tardou para que decisão se transformasse em marco grupos *pro-choice* nos Estados Unidos e em diversos outros países ocidentais.

Ao contrário do que se possa imaginar inicialmente, o que torna *Roe vs. Wade* um caso de extrema relevância jurídica não é a mera declaração de inconstitucionalidade da lei do Texas, e sim o que fizeram os julgadores quando da apreciação do caso: ao interpretar o diploma estadual à luz da Constituição estadunidense, a Corte entendeu que “qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez – antes do sétimo mês – era inconstitucional” (Dworkin, 2003, p. 7).

Com base nessa decisão, a Corte estabeleceu parâmetros que deveriam ser seguidos pelos legisladores estaduais, proibindo categoricamente a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação em todo o país. Já no segundo trimestre,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

tendo em vista a proteção da saúde da mulher, o Estado poderia regular o exercício da prática. Por fim, no último semestre, o aborto seria proibido. Neste último caso, ficou ressalvada a interrupção da gestação quando necessária à preservação da saúde da mulher (Sarmiento, 2005).

Dessa forma, por arrastamento, qualquer outra lei estadual no território dos Estados Unidos que criminalizasse a prática do abortamento em casos gerais até o terceiro mês de gestação seria incompatível com a Constituição daquele país. Eis o verdadeiro destaque de *Roe vs. Wade*, a razão pela qual o precedente se originou – e, posteriormente, foi superado – permeado de polêmicas.

Assim como o categórico silêncio normativo acerca do abortamento, a Constituição dos Estados Unidos da América igualmente não faz expressa menção ao direito à privacidade (*right of privacy*), tendo a decisão tomada em *Roe vs. Wade* orbitado sobre o *due process of law* (devido processo legal). Na tradição jurídica estadunidense, esse valor jurídico se encontra profundamente relacionado à teoria dos direitos fundamentais implícitos. Essa tese deriva de uma interpretação sistemática da Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos. O devido processo legal, a seu turno, parte em particular da 14ª Emenda, a qual estatui que o Estado não deve privar qualquer indivíduo de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

Ao cabo, a matriz do *due process of law* naquele país se conecta à uma regra geral de liberdade individual: seria proibido ao Estado proibir, ressalvados casos excepcionais cujas circunstâncias patente e explicitamente o exijam. Dessa forma, não seria dado ao Estado invadir a esfera de direitos individuais sem que haja demonstração inequívoca de necessidade e de que os meios utilizados para tanto são razoáveis (Cittadino, 2022).

É ilusório pensar que a cláusula do *due process of law* sempre haja sido utilizada para fins de consagração de decisões consideradas progressistas. Na verdade, durante a chamada Era Lochner, especialmente durante 1905 a 1937, a Suprema Corte estadunidense orientou a utilização do devido processo legal para derrubar regulamentações estabelecidas pelo Estado para a área econômica, como a fixação de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

número máximo de horas de trabalho para padeiros (*Lochner vs. People of State of New York*) – o caso, aliás, não foi isolado, visto que a literatura estima que a Corte invalidou cerca de duzentos diplomas legais que pretendiam regular a atividade econômica, tendo a cláusula do *due process of law* funcionado como argumento-matriz (Mattos, 2009).

A respeito do caso *Lochner vs. People of State of New York*, a lei estadual impugnada teria configurado,

de acordo com a retórica libertária do Justice Rufus Peckham, uma interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Iorque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. A lei não teria observado o princípio constitucional do devido processo legal substantivo (Campos, 2016, p. 75).

Décadas após o fim da Era *Lochner*, já no bojo de outra fase da Suprema Corte, desta feita denominada “Corte Warren”, em *Roe vs. Wade*, com base no *due process of law*, a Corte concluiu que a regra geral de liberdade era ampla o suficiente para proteger o direito da mulher de interromper sua gravidez, se assim o desejasse, embora tal prerrogativa não fosse absoluta, tendo sido, para tanto, estabelecidas as gradações anteriormente mencionadas (Cittadino, 2022). Decisões posteriores reafirmaram o decidido em *Roe*, como o julgamento do caso *Casey vs. Planned Parenthood of Southeastern Pa.*, por meio do qual a estreita maioria de 5 votos a 4 optou por reafirmar o núcleo essencial da deliberação de 1973, com base na doutrina do *stare decisis* (Sarmiento, 2005), ao tempo em que autorizou a proibição do aborto antes do terceiro trimestre na hipótese de restar demonstrada a viabilidade fetal extrauterina (Marmelstein, 2018).

A forma como foi tomada a decisão em favor da descriminalização do abortamento em casos gerais – a saber, por um órgão do Poder Judiciário, e não por uma decisão popular ou legislativa – colaborou para que *Roe vs. Wade* fosse intensamente questionado nas décadas seguintes.

Ao contrário de outros países ocidentais que descriminalizaram a prática do abortamento por meio de legislação (v.g. França), por vezes por intermédio de diploma

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

legislativo aprovado mediante prévia consulta à população (v.g. Portugal), os Estados Unidos foram um dos pouquíssimos países em que o Poder Judiciário atuou de forma isolada (Sousa, 2021).

Na França, ressalte-se que, desde o princípio da Revolução Francesa em 1789, pesava desconfiança sobre os tribunais, daí decorrendo notável superestima à primazia legal, um estado de “supremacia do legislador sobre o juiz” (Rocha, 1995, p. 97). Sob uma abordagem histórica, dessa forma, é natural que a decisão sobre descriminalizar ou não o abortamento competisse ao Legislativo, como de fato o foi. Em 1975, foi aprovada a Lei Veil (Lei nº 75-17), que permitiu a interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas de gestação, quando houvesse alegação de angústia por parte da gestante ou, a qualquer tempo, quando houvesse risco à sua vida ou à sua saúde. Em 1979, o diploma legislativo se tornou definitivo. Em 2001, por fim, a Lei nº 2001-588 aumentou a permissão para a prática do abortamento de dez para doze semanas (Sousa, 2021).

Já em Portugal, pontue-se que, em 1998, foi realizado um plebiscito sobre a possibilidade de se descriminalizar a prática do abortamento voluntário e em casos gerais nas primeiras dez semanas. Na ocasião, prevaleceu que a iniciativa não deveria prosperar. Outra consulta popular foi realizada em 2007, nos mesmos termos da questão levantada em 1998. No segundo pleito, a seu turno, a população anuiu com a ideia. Posteriormente à decisão popular, o Parlamento editou a Lei nº 16/2007 autorizando a realização do abortamento voluntário e em casos gerais até a 10ª semana de gestação (Sousa, 2021).

Essas pontuações são relevantes ao se perceber que, nos Estados Unidos, a atuação praticamente unilateral da Suprema Corte no tocante à temática acentuou análises mais profundas sobre a própria atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos, mesmo que tais não estejam formalmente previstos no ordenamento, desaguando em discussões sobre a legitimidade democrática dos juízes nesse sentido.

Dentre os autores que se debruçaram sobre a temática, Ronald Dworkin (2003, p. 7), a respeito do decidido em *Roe vs. Wade*, sinaliza:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

De um só golpe, em Washington, um tribunal de nove juízes que haviam sido nomeados e não eleitos para seus cargos, e que nem foram unânimes em sua decisão, mudara radicalmente as leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos.

O debate em torno de *Roe vs. Wade* fez parte da vida política estadunidense de diversos modos, inclusive sendo reacendido em várias ocasiões por postulantes à Presidência da República, que se utilizariam de seus posicionamentos contrários ou favoráveis à descriminalização da prática do abortamento para angariar votos e conquistar determinados setores e camadas populares (Dworkin, 2003).

Além disso, há relato de que parcela da sociedade civil contrária ao mérito da decisão se organizou para protagonizar o que ficou conhecido como *operation rescue*, que se baseava na promoção de atos nas proximidades das clínicas e hospitais que realizavam o abortamento a fim de tentar convencer as gestantes a desistirem da ideia de abortar e seguirem com a gestação (FONTELES, 2019).

4. CASO DOBBS VS. JACKSON E OVERRULING DE ROE VS. WADE

Em 2018, o Poder Legislativo do Estado do Mississippi aprovou a *Gestational Age Act*, que proibia a prática do abortamento depois da 15ª semana de gestação, abrindo exceção somente nos casos de emergência médica (*medical emergency*) ou anomalia severa do feto (*severe fetal abnormality*). Para assegurar o cumprimento do disposto na lei, foi estabelecido que os médicos que desrespeitassem o disposto no diploma poderiam ter suas licenças cassadas. A norma aprovada considerou que o abortamento carregaria consigo um considerável risco à vida das gestantes e que a sua prática após as quinze semanas de gestação seria bárbara e “degradante para a profissão médica” (*demeaning to the medical profession*) (Hannan, 2022).

Diante disso, a única clínica que realizava abortamentos no Estado do Mississippi, chamada Jackson Women’s Health Organization, processou Thomas Dobbs, Oficial Estadual de Saúde, ao argumento de que, em síntese, a proibição instituída pela *Gestational Age Act* afrontaria o *due process of law*. O caso foi debatido no Tribunal

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

Distrital do Distrito Sul do Mississippi, que, ao cabo, declarou inconstitucional o diploma estadual por violação dos direitos estabelecidos na Décima Quarta Emenda. A Corte de Apelação do Quinto Circuito confirmou a decisão. Nesse meio-tempo, o Estado do Mississippi promulgou um diploma antiaborto ainda mais rigoroso do que a *Gestational Age Act*, proibindo a realização do abortamento após a detecção de batimentos cardíacos no feto. O imbróglio em torno da nova legislação, por sua vez, seguiu praticamente o mesmo trajeto judicial de *Gestational Age Act* até que, por fim, chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos por meio de um *certiorari* (Hannan, 2022).

Semanas antes de a Suprema Corte dar o seu veredito sobre o caso, dois fatos particularmente marcantes ocorreram. O primeiro se refere ao vazamento de suposto rascunho de um dos *Justices* do tribunal, que indicaria que a Corte teria maioria para superar o precedente tomado em *Roe vs. Wade*, sendo votos decisivos para tanto tomados por juízes nomeados por presidentes republicanos (Gerstein; Ward, 2022). O segundo, a seu turno, trata-se da aprovação, por vários estados estadunidenses, de diplomas com rígidas restrições à prática do abortamento que aguardavam apenas o *overruling* de *Roe vs. Wade* para entrar em plena vigência – a lei aprovada nessas circunstâncias se denomina *trigger law* (lei de gatilho) (Drake, 2022).

Em junho de 2022, enfim, o caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Por 6 votos a 3, o precedente aberto em *Roe vs. Wade* foi superado, finalizando um ciclo de quase cinquenta anos de instituição do direito ao abortamento em âmbito nacional naquele país (The New York Times, 2022).

Rebatendo a argumentação empregada em *Roe vs. Wade*, que tomou como base o *due process of law*, foi consignado em *Dobbs* que, na interpretação sobre o significado de “liberdade”, a Corte deveria se resguardar em face da natural tendência humana de confundir os direitos garantidos pela Décima Quarta Emenda com os

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

“pontos de vista ardentes” do tribunal a respeito da liberdade que os estadunidenses deveriam possuir (Supreme Court Of The United States, 2022).²

Citando a decisão tomada em *Casey vs. Planned Parenthood*, que reafirmou o decidido em *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte enfatizou que as decisões tomadas pró-abortamento teriam “fechado as portas” para a rediscussão da questão no âmbito do processo democrático, em desfavor do grande número de estadunidenses que discordaram da decisão tomada em *Roe vs. Wade* (Supreme Court Of The United States, 2022).³

Por fim, a decisão tomada em *Dobbs* mencionou que o abortamento seria uma profunda questão moral, que a Constituição estadunidense não vedava que os cidadãos dos Estados regulassem a temática e que a partir dali a autoridade para decidir sobre a questão retornaria ao povo e aos seus representantes eleitos (Supreme Court Of The United States, 2022).⁴

5. DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E EFEITO BACKLASH

Nas palavras de Farias e Rosenvald (2016, p. 102), entendem-se por desacordos morais razoáveis “aquelas matérias polêmicas, complexas, sobre questões emergentes ou persistentes, para as quais existe a possibilidade de admitir soluções antagônicas, diametralmente opostas, a partir de uma interpretação racional do próprio sistema jurídico”.

Esses desacordos, portanto, traduzem-se em questões polêmica que, por envolver interesses potencialmente conflitantes, mas defensáveis, são passíveis de

² “In interpreting what is meant by “liberty,” the Court must guard against the natural human tendency to confuse what the Fourteenth Amendment protects with the Court’s own ardente views about the liberty that Americans should enjoy” (Supreme Court Of The United States, 2022, p. 2).

³ “Those on the losing side—those who sought to advance the State’s interest in fetal life—could no longer seek to persuade their elected representatives to adopt policies consistent with their views. The Court short-circuited the democratic process by closing it to the large number of Americans who disagreed with *Roe*” (Supreme Court Of The United States, 2022, p. 5).

⁴ “Abortion presents a profound moral question. The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. *Roe* and *Casey* arrogated that authority. The Court overrules those decisions and returns that authority to the people and their elected representatives” (Supreme Court Of The United States, 2022, p. 8).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

aceitar duas resoluções legítimas, não obstante totalmente incompatíveis entre si. O caso do abortamento é um exemplo disso, visto que tanto a argumentação em torno de sua admissibilidade (*pro-choice*) quanto em torno de sua proibição (*pro life*) possuem fundamentos razoáveis (Farias; Rosenvald, 2016). Enquanto de um lado há o argumento de que a manutenção de uma gravidez indesejada pode traduzir um ônus desproporcional à gestante, de outro há o argumento segundo o qual o nascituro pode ser titular de direitos inalienáveis, oponíveis inclusive em face da própria gestante, dentre os quais o direito à vida.

Nesse ponto, não se desconsidera que há profundo debate a respeito da problemática na seara da saúde pública. Marcelo Novelino (2016, p. 321) sinaliza para o fato de que eventual descriminalização do abortamento poderia causar desprestígio dos métodos contraceptivos, visto que, caso ocorresse uma gravidez indesejada, bastaria recorrer ao abortamento; por outro lado, a criminalização dessa prática pode ser observada como desproporcional e, ao cabo, ineficiente, haja vista que há diversos relatos de realização de procedimentos abortivos em condições precárias, expondo a risco a vida da gestante.

Desacordos morais razoáveis, assim, são temáticas de profundidade singular, cujos debates são levados a cabo por vários anos por parte das respectivas sociedades e, em última análise, por parte dos Poderes Legislativos. No entanto, na medida em que tais desacordos têm sido discutidos no seio do Poder Judiciário, translocando o debate para um grupo de juízes que, em regra, não foram eleitos, cujo voto popular não possui o condão de atingi-los diretamente, tem sido observado com maior recorrência o fenômeno chamado efeito *backlash*.

O efeito *backlash* funciona, na explicação de Samuel Sales Fonteles (2019, p. 23), “como se houvesse um gatilho político invisível, que é acionado sempre que os Tribunais se precipitam em desacordos morais sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade”, inflamando ressentimentos sociais e “deflagrando reações hostis”, as quais são chamadas de efeito *backlash*. Apesar da pluralidade de significados que o termo pode tomar, todas as definições existentes na doutrina acerca da expressão caminham

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

para uma mesma acepção: “efeitos indesejáveis e contraproducentes” (Fonteles, 2019, p. 25).

Arrematando, Fonteles (2019, p. 41) assim define o efeito *backlash*:

Em um sentido estrito, o *backlash* designa reações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*.

Embora seja mais comum que se observem reações em face de decisões judiciais, o efeito *backlash* não se restringe a elas, podendo ser dirigido, inclusive, em face de atos oriundos do Legislativo. Ainda, o *backlash* não se limita a fazer face a decisões liberais, tendo em vista que já se observou casos em que ele se deu contra decisões conservadoras. Fonteles (2019, p. 28) enuncia como exemplo o caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), quando a Suprema Corte dos Estados Unidos negou legitimidade ativa para um escravo demandar sua própria liberdade, o que precedeu a uma onda progressista que desaguou na guerra civil estadunidense.

No Brasil, em 2012, no julgamento da ADI 4.578/DF, o Ministro Luiz Fux identificou o efeito *backlash* como sendo “um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos”. Ademais, consignou que:

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. Post e Siegel, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um *constitucionalismo democrático*, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões (Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 14).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

Restringindo-se ao *backlash* notado em face de decisões judiciais, George Marmelstein (2015) formulou uma técnica para articular como o processo do mencionado fenômeno se dá:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

É possível que, não fosse a atuação do Judiciário em temáticas polêmicas, a postura conservadora continuasse encoberta pelo *status quo*. Uma vez incomodadas pela decisão que o contraria, as forças contrárias se levantam a fim de articular medidas com o fito de preservá-lo.

Para debelar reações violentas ou indesejáveis oriundas do *backlash*, Fonteles (2019, p. 123-124), com fulcro na experiência comparada, faz menção às chamadas “instâncias políticas deliberativas”, isto é, camadas de poder controláveis ou acessáveis por parte daqueles diretamente afetados pelo que for decidido: em última análise, o povo. Essas instâncias se materializam nas discussões levadas a cabo pelo Poder Legislativo e por meio de plebiscitos e/ou referendos populares, que, ao cabo, sentem-

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

se parte do processo decisório e apresentam uma tendência substancialmente maior de acatar a opinião que se sagrar majoritária.

Esses recursos políticos, além de promoverem maior debate público, demonstram possuir o condão de vincular a mentalidade social aos frutos deles resultantes, partindo da premissa de que a decisão haveria de ser respeitada, em vista do alto grau de enraizamento da consciência democrática, notadamente na cultura jurídico-política ocidental.

Aliás, não outra foi a razão pela qual *Roe vs. Wade* foi alvo de tantas críticas desde o seu estabelecimento: a carência de respaldo popular na questão, seja ele obtido pela via direta – por intermédio de plebiscitos ou referendos – ou pela via indireta – por meio de legislação regularmente discutida e aprovada pelos representantes populares, a saber, deputados e senadores –, o que não ocorreu em grande parte dos demais países que descriminalizaram o abortamento, que optaram por discutir a questão, repita-se, pela via legislativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o abortamento, a despeito de passadas décadas de discussão na literatura jurídica, trata-se de um dos mais autênticos desacordos morais razoáveis existentes – senão o mais expressivo deles. No âmago dos chamados desacordos morais razoáveis, diante de determinada questão polêmica, admite-se a existência de soluções antagônicas e essencialmente diferentes. No caso do abortamento, é possível haver argumentação tanto em favor de sua legalização (*pro-choice*) quanto à sua oposição (*pro life*), sendo certo que ambas podem ostentar fundamentos plausíveis e aceitáveis à luz do sistema jurídico.

Diante disso, analisando o caso *Roe vs. Wade*, percebe-se que, à época, inexistiu direta participação popular na deliberação, o que foi objeto de crítica nas décadas seguintes ao julgamento. Na ocasião, a Corte estadunidense estatuiu parâmetros que deveriam ser seguidos pelos legisladores estaduais, proibindo

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

categoricamente a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação em todo o país.

Quase cinquenta anos após a instituição do direito ao abortamento nos Estados Unidos, evidenciou-se uma reversão da deliberação por meio da finalização do julgamento de *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*. Na oportunidade, a Corte expressou que a autoridade para legislar sobre a temática retornaria ao povo e aos seus representantes, externando uma concepção muito mais conservadora do que aquela manifestada em 1973.

A reversão jurisprudencial corrobora para categorizar o abortamento como desacordo moral razoável, em vista dos bens jurídicos potencialmente colidentes envolvidos. Nesse contexto, o caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization* se apresenta como claro efeito *backlash* em face de *Roe vs. Wade*, o que se percebe, inclusive, pelas razões expressas consignadas em sua ementa de julgamento.

Cabe reiterar, por fim, que o presente trabalho, com tal exposição, não busca negar o papel essencial da jurisdição constitucional na defesa de direitos fundamentais. Buscou-se, sim, evidenciar uma palpitante polêmica existente na cultura jurídica estadunidense a partir de institutos como o *overruling* e *backlash*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 60, p. 59-117, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em 30 dez. 2022.

DRAKE, Kayla. Missouri's 'trigger law' is ready for Roe's demise. What happens then?. **St. Louis Public Radio**, 6 mai. 2020. Disponível em:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

<https://news.stlpublicradio.org/show/st-louis-on-the-air/2022-05-06/missouris-trigger-law-is-ready-for-roes-demise-what-happens-then>. Acesso em 26 set. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 14.^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

GERSTEIN, Josh; WARD, Alexander. Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows. **Político**, 2 mai. 2022. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>. Acesso em 25 set. 2022.

HANNAN, Jeffrey. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization and the likely end of the Roe v. Wade Era. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, vol. 17, p. 281-302, 2022. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=djclpp_sidebar. Acesso em 22 set. 2022.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MADDY CITTADINO. Dobbs v. Jackson: The Overturning of Roe v. Wade and its Implications on Substantive Due Process. **Syracuse Law Review**, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://lawreview.syr.edu/dobbs-v-jackson-the-overturning-of-roe-v-wade-and-its-implications-on-substantive-due-process/#:~:text=On%20January%202022%2C%201973%2C%20the,Jackson%20Women's%20Health%20Organization>. Acesso em 22 set. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. **DireitosFundamentais.net.**, 5 set. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 18 nov. 2022.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2003. Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 201-211, julho/setembro de 2003. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45448/45002>. Acesso em 25 set. 2022.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 139-146, 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/32-149-1-pb.pdf>. Acesso em 25 set. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

SARMENTO, Daniel. 2005. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>. Acesso em 25 set. 2022.

SOUSA, João Pedro Martins de. Entre as Cortes Constitucionais e os Poderes Legislativos: a descriminalização do abortamento no Brasil, nos Estados Unidos, na França e em Portugal. In: Nelson Juliano Cardoso Matos; Matheus Davi Soares Basílio; Camila Petersen Lustosa de Melo; Francisco Gaspar de Lima Júnior. (Org.). **Constituição, Constitucionalismo e Ativismo Judicial: Ensaio do IV Encontro de Pesquisa Jurídica do República**. 1 ed. Teresina: República, 2021, v. 1, p. 69-94. Disponível em: https://3b817042-861d-487a-bb54-fe00ccafef3f.filesusr.com/ugd/5ef82f_ba7e826505694ac097ea061cd601aab5.pdf. Acesso em 13 dez. 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 U.S. (2022). Arguido em 1 dez. 2021. Decidido em 24 jun. 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em 22 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 19 nov. 2022.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p443-461>

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

THE NEW YORK TIMES. The Dobbs v. Jackson Decision, Annotated. **The New York Times**, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2022/06/24/us/politics/supreme-court-dobbs-jackson-analysis-roe-wade.html>. Acesso em 25 set. 2022.