

Artigos originais

Mutação constitucional e a (re)construção da norma: De *Roe V. Wade* (1973) a *Dobbs V. Jackson Women's Health Organization* (2022)

Constitutional mutation and the (re)building of the norm: from *Roe V. Wade* (1973) to *Dobbs V. Jackson Women's Health Organization* (2022)

  Andre Soares Oliveira¹

  Roberta Marina Cioatto²

Resumo: O debate sobre o descompasso entre a constituição formal e a realidade permeia a teoria constitucional desde o século XIX. Como forma de equacionar tal problema, reconhece-se tanto um poder de alteração formal da constituição nos termos ditados pelo próprio poder constituinte quanto à possibilidade de alteração informal da constituição. Tal possibilidade de alteração informal assenta-se na consideração de que a norma constitucional é construída sobre o texto constitucional com elementos da realidade cambiante. A mutação constitucional, assim reconhecida desde o começo do século passado, levanta questionamentos sobre seus limites e põe em xeque a legitimidade das Cortes Constitucionais que a realizam. Esta pesquisa tem como objetivo elucidar esses limites a partir da reversão da decisão *Roe v. Wade* (1973) pela *Dobbs v. Jackson* (2022) na Suprema Corte dos Estados Unidos. Utilizou-se o método indutivo e o procedimento bibliográfico-documental. O resultado foi a descoberta de que a mutação constitucional encontra o seu primeiro e mais importante limite nas possibilidades linguísticas do texto constitucional. Respeitar esse limite é importante a fim de preservar a legitimidade das Cortes Constitucionais. A decisão de 1973 apresentou fragilidades argumentativas em derivar o direito ao aborto do direito à

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Líder do Grupo de Pesquisa 'Constitucionalismo Contemporâneo e Democracia' (CCD/Unifap) no Centro Universitário Paraíso/CE. E-mail: asoliveira3@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Líder do Grupo de Pesquisa 'Observatório em Saúde Pública e Patentes' (OSPP/Unifap). E-mail: robertacioatto@gmail.com

privacidade, sendo didaticamente desconstruída pela decisão de 2022. Para além dessas fragilidades, o cenário político dos Estados Unidos hoje também favoreceu a reversão da decisão de 1973 e a devolução plena da competência para legislar sobre aborto aos Estados.

Palavras-chave: mutação constitucional; texto constitucional; realidade; limites; poder judiciário.

Abstract: The debate about the gap between the formal constitution and reality has permeated constitutional theory since the 19th century. As a way of solving this problem, it is recognized both a power to formally amend the constitution in the terms dictated by the constituent power itself and the possibility of informal amendment of the constitution. Such possibility of informal alteration is based on the consideration that the constitutional norm is built on the constitutional text with elements of the changing reality. The constitutional mutation, thus recognized since the beginning of the last century, raises questions about the limits of this alteration, and it calls into question the legitimacy of the Constitutional Courts that carry it out. This research aims to elucidate these limits from the reversal of the decision *Roe v. Wade* (1973) by *Dobbs v. Jackson* (2022) on the Supreme Court of the United States. The inductive method and bibliographic-documentary procedure were used. The result was that constitutional mutation finds its first and most important limit in the linguistic possibilities of the constitutional text. Respecting this limit is important to preserve the legitimacy of the Constitutional Courts. The 1973 decision presented argumentative weaknesses in deriving the right to abortion from the right to privacy, being didactically deconstructed by the 2022 decision. In addition to these weaknesses, the political scenario in the United States today also favoured the reversal of the 1973 decision and the full devolution to States of the competence to legislate on abortion.

Keywords: constitutional mutation; constitutional text; reality; limits; judicial power.

Submetido em: 20 de julho de 2022

Aceito em: 29 de setembro de 2023

1. Introdução

O debate sobre constituição e realidade, sobre constituição formal e constituição material, permeia a teoria constitucional desde, pelo menos, 1862, quando Ferdinand Lassalle profere sua conferência sobre a essência da constituição. Nessa oportunidade, ele condena os textos constitucionais, solenemente proclamados no alvorecer do constitucionalismo moderno e liberal, a meras folhas de papel, caso não representassem a realidade, ou, como diria o autor, os fatores reais de poder.

Na verdade, o descompasso entre lei e realidade é uma questão para todo o ordenamento jurídico, mas assume um relevo especial quanto trata da constituição, por ser ela o fundamento de validade. Lassalle testemunhava, quando proferiu tal conferência, a incapacidade das constituições oitocentistas de conformar uma realidade social, política e econômica instável, marcada sobretudo pelos efeitos do capitalismo como modo de produção social sobre a classe trabalhadora.

Mais de um século e meio se passaram e esses continuam sendo questionamentos pertinentes para os constitucionalistas: de que forma conjugar estabilidade e dinamismo no âmbito das Constituições? O poder de reforma constitucional, delimitado pelo próprio poder constituinte originário, não oferece resposta satisfatória. Se a flexibilidade formal conduz ao enfraquecimento da força normativa das constituições, uma grande rigidez conduz ao mesmo efeito.

Vários constitucionalistas dedicaram-se ao tema, e o reconhecimento de um processo informal de alteração da constituição, por meio de uma mutação constitucional, deve ser considerado no contexto de constituições rígidas. Porém, a demarcação de limites a essa mutação também é importante e tormentoso tema, sob o risco de consagrar uma espécie de 'poder constituinte difuso', conferido aos órgãos constituídos para modificarem livremente a obra do poder constituinte.

As realidades mudam e a construção da norma constitucional também. Direitos garantidos pela via judicial em sede de mutação constitucional também estão sujeitos a serem erodidos. As Cortes Constitucionais não podem ocupar o lugar que é, essencialmente, da política enquanto prática coletiva de liberdade.

Tendo em vista tais considerações, a presente pesquisa tem como objetivo explorar o tema da mutação constitucional, sua definição, modo de expressão e limites. Para tanto, utilizando-se de um método indutivo e procedimento bibliográfico-documental, procura-se, ainda, explorar o exemplo daquela mutação constitucional ocorrida nos Estados Unidos da América quando, em 1973, a Suprema Corte daquele país reconhece o direito constitucional ao aborto (*Roe v. Wade*) e, em 2022, quase sessenta anos depois, reverte sua decisão (*Dobbs v. Jackson*) e confere aos Legislativos estaduais a livre prerrogativa de legislar sobre o tema.

2. Mutação constitucional: considerações preliminares

A constituição, solenemente proclamada, fruto do poder constituinte originário, apenas pode, geralmente, ser modificada/reformada por um poder assim denominado de constituinte derivado reformador, cujo modo de expressão (limitações formais, materiais, circunstanciais, entre outros) encontra-se na própria constituição. Trata-se de um parâmetro a partir das constituições escritas e rígidas, que correspondem à grande maioria das experiências constitucionais vigentes no mundo (Câmara et al: 2021).

O que não se pode ignorar, por sua vez, é que as constituições também mudam sem que haja uma alteração no seu texto. Trata-se de uma mudança informal da constituição que parte de alguns pressupostos que consideram que a norma jurídica – e, como tal, a norma constitucional – não se reduz unicamente ao texto, mas que é construída a partir do texto, englobando elementos da realidade. Desse modo, na medida em que a realidade muda (sejam valores ou mesmo o quadro fático como um todo), a norma deve mudar também (Souza Neto; Sarmiento: 2021; Macfarlane: 2021).

Inclusive, no atual panorama constitucional, é importante mencionar, segundo Macfarlane (2021), que, nos países que adotam a supremacia da constituição garantida por controle judicial de constitucionalidade, os meios informais de alteração constitucional ganham uma especial relevância. Isso porque as decisões judiciais dos tribunais encarregados desse controle possuem caráter vinculante, o que dá às decisões um status de obrigatoriedade comparável ao de uma própria emenda constitucional.

Autores clássicos, bem lembram Clève e Lorenzetto (2015), já observaram e se interessaram pela mutação constitucional no âmbito do direito constitucional alemão. Laband, escrevendo em 1895, e Jellinek, em 1906, foram os primeiros a observar e teorizar a mutação constitucional sob a constituição de 1871. Jellinek observa que a mutação estaria marcada pela ausência de intenção, diferenciando-se da reforma. Já sob a constituição de Weimar, Heller também observou a possibilidade dessa mudança informal mediante alteração do conteúdo dos elementos normados. Hsu Dan-lin, por sua vez, afirma que a mutação decorreria de uma dissociação da norma e realidade, sendo induzida por costumes constitucionais, interpretação e limitações da própria constituição.

É interessante notar, como o faz Ingo Sarlet (2022), que a mudança da norma induzida por uma mudança na realidade – norma que se constrói a partir do texto, conjugando elementos desta realidade cambiante – ocorre em todo o ordenamento jurídico. Todos os dias o aplicador do direito relê o texto diante de uma nova realidade.

Entretanto, esse exercício hermenêutico, que parece simples nos outros ramos do Direito, ganha contornos específicos e talvez mais dramáticos quando se trata de interpretação e aplicação do texto constitucional, considerando sobretudo a posição que a constituição ocupa no ordenamento jurídico, sendo o fundamento de validade de todas as outras normas jurídicas (Sarlet: 2022).

No conceito de constituição, encontra-se uma legítima expectativa de que ela seja estável e, com isso, apta a reger a sociedade política por tempo indeterminado. É claro que estabilidade não

pode ser confundida com imutabilidade do texto constitucional e isso já era claro para as primeiras experiências de constituição escrita quando, nos Estados Unidos, no século XVIII, determina-se como tal documento poderia ser emendado. Então, deste modo, a constituição possui uma abertura para o futuro a ser exercida por este poder de reforma, a fim de não fossilizar a constituição (Souza Neto; Sarmiento: 2021).

A norma constitucional é assim construída e reconstruída cotidianamente sobre uma base demarcada pelo texto normativo e utilizando-se, por assim dizer, de 'blocos' compostos pelos elementos da realidade. A mudança de valores sociais e a alteração do quadro fático constituem os principais elementos da mutação constitucional.

Decorrente de uma alteração dos valores sociais, a mutação constitucional se revela principalmente quando se altera o conteúdo dos direitos fundamentais. Isso ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos na superação da doutrina do 'separados, mas iguais' por meio do caso *Brown v. Board of Education* (1954). Até então, a partir da decisão *Plessy v. Ferguson* (1896), entendia-se constitucionais as políticas de segregação racial. Esse mesmo tribunal, por sua vez, quase sessenta anos depois, irá reconhecer a inconstitucionalidade dessas políticas. Não houve mudança no texto constitucional, o que mudou foi a realidade sociopolítica do país que, nesses anos, vivia o auge do movimento por direitos civis.

Por sua vez, uma profunda alteração no quadro fático também possibilita uma mutação constitucional. Isso ocorreu quando, no começo dos anos 1970, em um cenário de inflação controlada, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que as dívidas apenas estariam sujeitas à correção monetária se assim fosse determinado por lei. Ao longo dos anos 1980, na medida em que o cenário inflacionário se deteriorava, o STF entendeu, primeiramente, que todas as 'dívidas de valor' estariam sujeitas à correção monetária, para, em seguida, entender que todas as dívidas estariam sujeitas à correção monetária independentemente de previsão legal.

Nem sempre é possível identificar se se trata de uma mudança de valores ou de uma alteração no quadro fático, o que possibilita determinada mutação constitucional. Isso pôde ser visto quando o STF, no RE 363889 (2011), relativizou o princípio da coisa julgada das ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes sem que o exame genético tenha sido realizado. Ocorreu uma alteração do quadro fático quando se pensa que há poucas décadas tal exame não era tão acessível quanto hoje e que sua precisão ainda não estava tão bem assentada. E ocorreu também uma alteração de valores, considerando que tal decisão emerge ao longo dos anos 10 desse século em que o debate sobre parentalidade registral, genética e socioafetiva dominava o direito das famílias e afirmava-se o direito de conhecer sua própria origem que autorizava a propositura da demanda.

Como já afirmado, a mutação constitucional desafia a estabilidade do ordenamento constitucional, ao mesmo tempo em que sinaliza uma necessidade de dinamismo desse mesmo ordenamento. Trata-se de um desafio para os operadores do direito encontrarem um ponto de equilíbrio entre essas legítimas demandas (Câmara et al: 2021).

Souza Neto e Sarmiento (2021) ensinam que não é possível identificar, *a priori*, esse ponto de equilíbrio, mas que ele é contingente, ou seja, depende de variáveis do momento. Entre essas variáveis, os autores enumeram cinco: 1 – natureza dos preceitos constitucionais: quanto mais aberto e indeterminados são os preceitos constitucionais, mais eles se apresentam de forma mais plástica e, com isso, mais sujeitos a mutações; 2 – idade das constituições: as constituições são feitas para durar por tempo indeterminado, e o constituinte originário pretende que sua obra seja a mais longa possível e, no intuito de preservá-la, a constituição sujeita-se mais a mutações sob pena de fossilização; 3 – dinamismo social: sociedades mais dinâmicas, onde a realidade transforma-se com mais intensidade e velocidade, são mais abertas a mutações constitucionais; 4 – rigidez constitucional: quanto mais difícil for o processo de alteração formal de uma constituição, mais a alteração informal

via mutação é necessária³; 5 – cultura jurídica predominante: aqui, o embate entre os formalistas (mais avessos a mudanças informais) e o antiformalismo dá a tônica da mutação.

Acrescente-se que a própria história e a práxis constitucional daquele país, ou seja, as marcas e cicatrizes que se carrega ao longo dessa história, devem ser consideradas na busca do mencionado equilíbrio. No caso brasileiro, basta pensar que a vigente constituição decorre de um longo período de repressão política, representa uma transição democrática até certo ponto negociada, e que, mais de 30 anos depois, ainda está em processo de sedimentação. Considere-se que essa ordem constitucional carrega ainda elementos de autoritarismo (Chueiri; Câmara: 2015), e que se insere no domínio de um capitalismo dependente periférico (Gomes: 2022).

3. Formas e locais de expressão das mutações constitucionais

Fixados esses pontos conceituais, cumpre determinar a partir de qual forma a mutação constitucional se expressa. A expressão da mutação constitucional confere um papel central para a interpretação, uma vez que:

Mantido o texto normativo, transforma-se a interpretação e o sentido conferido a este. O ato de explorar uma nova semântica dentro do texto produz a mutação constitucional [...]. A mutação acontece, por isso, por meio das interpretações judiciais, quando uma Corte atribui a certa norma um significado que ainda não havia sido utilizado previamente. O mesmo pode suceder no âmbito da administração pública [...] (Clève; Lorenzetto: 2015; p.139)

³ Macfarlane (2021), falando do contexto canadense e indiano, menciona que a constituição canadense é muito difícil de ser emendada, de modo que as mudanças informais são inevitáveis e até mesmo necessárias. Isso torna difícil avaliar quando uma decisão judicial ultrapassa os limites da interpretação constitucional. Ao contrário, a constituição indiana não possui limites materiais de emenda e mesmo os limites procedimentais são simples. Isso torna a necessidade de alterações informais menos premente.

Sarlet (2022) assinala que a mutação constitucional aparece no contexto das constituições rígidas, que forçam o desenvolvimento do direito constitucional pela interpretação. As próprias disposições abertas e indeterminadas da constituição conferem ampla liberdade de ação para os órgãos estatais encarregados de sua concretização. Esse processo pode ser captado tanto no âmbito dos três poderes enquanto aplicadores – e, tão logo, intérpretes – da constituição.

A mutação constitucional que ocorre dentro do Judiciário é, sem dúvida, a mais importante, mais sensível e a mais vista – e, por isso mesmo, mais escrutinada. Essa mutação pode ocorrer em todas as instâncias, mas é quando recebe a chancela do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição, e, considerando a natureza vinculante de suas decisões, que passam a guardar especial relevo.

Primeiramente, deve-se considerar que o Judiciário, em especial o STF, não atua no vácuo e que suas decisões, mesmo no exercício do seu papel contramajoritário, devem ter em mente evitar um efeito *backlash*⁴, ou seja, uma reação contrária, e com isso ter sua legitimidade arranhada. A legitimidade do STF, que repousa exatamente em sua fidelidade à Constituição, impõe que, ao mesmo tempo, o tribunal realize uma ‘pedagogia constitucional’ e induza novos valores na sociedade, em uma dimensão prescritiva da mutação constitucional (Souza Neto; Sarmiento: 2021).

Essa questão é analisada na jurisprudência recente daquele tribunal, em especial na decisão que reconheceu o direito de pessoas do mesmo sexo a estabelecerem uma união estável, em 2011, no julgamento da ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, ampliando o escopo do 226, §3º, da CF. Apesar do evidente mérito da questão, a decisão foi recebida com alguma resistência no âmbito do Judiciário, Ministério Público e mesmo dos cartórios extrajudiciais, onde, por algum tempo, houve uma resistência a formalizar essas uniões. No

⁴ O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário (Kozicki, 2015, p. 194).

caso, o tribunal lastreou sua decisão em uma mudança de valores sociais, entendendo, com lastro em uma generosa interpretação dos princípios constitucionais, que a proteção conferida era para a união estável, e não necessariamente apenas para aquela entre homem e mulher, na visão de Sarmento e Souza Neto (2021).

Uma situação em que também se verifica mutação constitucional na jurisprudência do STF refere-se à fidelidade partidária e mandatos parlamentares por votação proporcional. A princípio, o STF entendia que o mandato pertencia ao parlamentar. Porém, em 2007, partidos políticos pediram ao Presidente da Câmara dos Deputados a perda de mandato de parlamentares outrora a eles filiados, segundo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Diante da negativa, tal decisão foi impugnada por meio de Mandado de Segurança, oportunidade para o STF rever seu posicionamento (MS 26.602, 26.603 e 26.604).

O entendimento do STF, modificando sua jurisprudência, foi de que o voto que elege o parlamentar em sistema proporcional pertence ao partido e não ao eleito, e, some-se, o Brasil vive uma 'democracia partidária'. Interessante notar que algumas decisões posteriores do tribunal modularam o entendimento no sentido de que isso se aplica apenas às desfiliações posteriores a uma resolução do TSE de 27.3.2007, isto é, aplica-se apenas aos eleitos proporcionais e a desfiliação que implica perda do mandato é apenas aquela injustificada, conforme definido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5081 (2015).

Esse exemplo cristaliza uma eficácia prospectiva da mutação constitucional quando ela se opera em *superação de um entendimento anterior (overruling)*, diante da necessidade de reforçar segurança jurídica para situações anteriormente já cristalizadas. E exatamente diante da mutação constitucional ocorrida em sede de *overruling*, deve-se mencionar os seus efeitos sobre o controle de constitucionalidade (Souza Neto; Sarmento: 2021).

Em sede de controle de constitucionalidade, a declaração de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo pelo STF tem um caráter definitivo. Uma mudança no suporte constitucional da norma implica uma análise em termos de recepção e não de constitucionalidade. Entretanto, é possível que diante de uma mutação constitucional, o STF, ao reconstruir a norma constitucional, declare inconstitucional a lei ou ato normativo outrora declarado constitucional. Note-se, inclusive, que, mediante uma modulação dos efeitos nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, o tribunal pode determinar a partir de que momento tal lei ou ato normativo devem ser entendidos como inválidos.

Situação diversa é quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e, posteriormente, mediante o preenchimento dos pressupostos que autorizam a mutação constitucional, reconstrói a norma constitucional sobre novas bases de realidade. Não é possível que a norma infralegal outrora inválida possa ressurgir numa espécie de constitucionalidade superveniente. Aconteceria que o tribunal, desvinculando-se de tese anterior, passe a entender como constitucional uma norma legal de mesmo conteúdo.

O Poder Legislativo, ao legislar no exercício do seu poder de conformação, igualmente interpreta e aplica a constituição, este também é espaço onde a mutação constitucional pode acontecer. De fato, é o Poder Legislativo que confere a dimensão e extensão da proteção dos direitos fundamentais garantidos pela constituição. Segundo observa Sarmiento e Souza Neto (2021), é o Legislativo que, por meio da lei, confere sentido e conteúdo aos mandamentos constitucionais, em especial aos direitos fundamentais. Entre as diversas possibilidades de interpretação decorrente da indeterminação dos preceitos constitucionais, cabe ao Poder Legislativo – e, com isso, ao povo, por meio dos seus representantes – escolher. Claro, ainda que posteriormente tal escolha seja escrutinada pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade.

Nos Estados Unidos, com sua constituição rígida e majoritariamente voltada à organização do Estado e dos Poderes, algumas leis possuem uma dimensão 'constitucional' em virtude da relevância do seu conteúdo, tal como o *Civil Rights Act 1964*. No Brasil, apesar de que a constituição é facilmente modificável, em comparação com a daquele país, algumas legislações ganham um '*status de rigidez*' e são expressão de uma mutação constitucional, reconstruindo a norma constitucional com novos elementos da realidade. É o caso da Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/2006) e da Lei de Cotas (Leis nº 12711/2012 e 12990/2014), que conferem uma nova dinâmica ao princípio da igualdade.

A mutação constitucional também pode ocorrer no âmbito do Poder Executivo, por meio do exercício de suas atribuições, em que também se pode reconstruir a norma constitucional com novos elementos da realidade. No caso brasileiro, em especial, o Presidente da República possui inúmeros mecanismos – medidas provisórias, iniciativas privativas, pedidos de urgência em projetos de sua autoria, decretos, etc – que induzem o debate público acerca de uma reconstrução da norma constitucional em termos de mutação.

Os Poderes, cada um dentro de suas competências, são *loci* para a mutação constitucional que, em alguma medida, irá envolver os demais Poderes, seja quando um projeto de lei de origem do Poder Executivo é aprovado pelo Congresso ou quando o Presidente da República sanciona um projeto de lei. Tudo isso especialmente recairá sobre o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, quando exerce sua jurisdição constitucional em sede de controle de constitucionalidade.

Exemplo dessa interação dos três poderes na construção da mutação constitucional foi o que aconteceu nos Estados Unidos diante do *New Deal*, proposto pelo Presidente Roosevelt no entreguerras, e o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS). Em fins do século XIX, o Estado de Nova Iorque promulgou uma lei limitando as horas de trabalho semanais dos padeiros (10 horas por dia/60 horas semanais). O proprietário de

uma padaria naquele Estado foi multado por contratar em desacordo com a mencionada lei. Recorrendo ao Judiciário, o caso chega na SCOTUS (*Lochner v New York State*) que, em 1905, entende que tal lei era inconstitucional porque seria um injustificado limite à liberdade contratual. Esse caso representou, durante muito tempo, um precedente no sentido de invalidar qualquer lei que propusesse uma limitação à liberdade negocial, ou seja, entendia como inconstitucional qualquer tentativa estatal de regulamentação do mercado.

Ocorre que, ao longo das décadas seguintes, em virtude da Grande Depressão e mesmo de um maior ativismo social nos Estados Unidos, havia uma grande demanda por legislação regulamentando o mercado, em especial o mercado de trabalho, introduzindo direitos mínimos aos trabalhadores. Porém, uma SCOTUS composta majoritariamente por juízes conservadores entendia tais regulamentações como inconstitucionais (*Era Lochner*).

Franklin Roosevelt, eleito Presidente dos Estados Unidos no começo dos anos 1930, sob a promessa de implementar um *New Deal* – cujo foco era exatamente a implementação de uma legislação mais interventiva do Estado na economia, sobretudo em defesa dos mais hipossuficientes –, apesar de uma consolidada maioria no Congresso, sabia que teria dificuldades com a SCOTUS.

Considerando que a Constituição dos Estados Unidos não estabelece quantos juízes tem a SCOTUS, mas deixa o assunto para a legislação ordinária, Roosevelt propôs um projeto de lei para aumentar o número de juízes – permitindo que ele indicasse mais um juiz para cada juiz acima de 70 anos⁵ até o máximo de seis. Com isso, Roosevelt garantiria uma maioria simpática à constitucionalidade do *New Deal*.

Diante do cenário socioeconômico dos Estados Unidos, com as consequências da Grande Depressão e da pressão política vinda do Presidente da República e do Congresso, os próprios juízes da SCOTUS modificam o posicionamento (*overruling*) do caso *Lochner*

⁵ O cargo de juiz (*Justice*) da *Supreme Court of The United States* (SCOTUS) é vitalício.

v. *New York State* (1905) no caso *West Coast Hotel Co. v Parrish* (1937), em que se entendeu como constitucional limitações à liberdade negocial que tivessem por escopo proteger os grupos vulneráveis da sociedade. Diante dessa mutação constitucional, o próprio projeto de lei proposto pelo Presidente Roosevelt perdeu sua 'razão de ser' e a SCOTUS continuou composta por nove juízes.

Entre as formas de expressão da mutação constitucional, encerra-se com o costume constitucional. O costume, entendido como prática reiterada que se acredita obrigatória, tem o seu lugar enquanto fonte do direito constitucional, mesmo nos países de constituição rígida. Por óbvio, trata-se daquele costume constitucional que reforça/interpreta o texto ou aquele que preenche lacunas/promove integração do texto constitucional (Bonavides: 2017). Focando no costume constitucional enquanto fonte formal do direito constitucional e, com isso, também via de expressão de mutação constitucional, têm-se que o STF já abonou o costume como fonte do nosso direito constitucional e, por isso mesmo, ele pode ser uma forma de expressão da mutação constitucional (Mendes; Branco: 2018).

Ainda no âmbito do costume constitucional, Sarmiento e Souza Neto (2021) fazem uma distinção entre costume constitucional e convenção constitucional. A convenção constitucional é um conceito importado dos países anglófonos – especialmente do Reino Unido – em que algumas normas de organização do poder são assentadas informalmente e não podem ser, diferentemente do costume, exigidas judicialmente.

4. Os limites da mutação constitucional: o respeito ao texto e ao sistema constitucional

A mutação constitucional, enquanto processo de alteração informal da norma constitucional que se reconstrói a partir de elementos da realidade que se transforma, representa, como dito acima, uma tensão com a própria rigidez das constituições onde ela aparece. Hesse (2009), dedicando-se ao tema, faz notar que

muita atenção mereceu o estudo dos limites do processo de reforma constitucional, mas a mesma atenção não se dedicou aos limites da mutação constitucional.

Macfarlane (2021) considera importante os processos informais de alteração constitucional, ou seja, as mutações constitucionais, mas também se preocupa com os limites desse processo. A constituição pode falar várias coisas, mas não se pode forçar que ela fale o que o intérprete quer ouvir. Quando a constituição não diz o que se quer ouvir é o momento de uma emenda constitucional e a interpretação não pode preencher essa necessidade. Porém, não é fácil identificar quando a interpretação constitucional se tornou, na verdade, uma emenda judicial ao texto, adicionando, suprimindo ou alterando-o.

Bolus (1997), com base no mencionado jurista alemão, por sua vez, ressalta as dificuldades em traçar limites objetivos à mutação constitucional porque, quando ela ocorre, decorria muito mais da atuação de forças materiais. Com isso, os limites da mutação constitucional estariam entregues muito mais ao intérprete que, ciente da existência de limites e da impossibilidade de romper com a ordem constitucional, procuraria se conter em relação à mutação.

Não se pode pensar na mutação constitucional como uma espécie de poder constituinte difuso. A mutação constitucional, com isso, possui limites, da mesma forma que a alteração formal via reforma possui aqueles limites bem delineados no artigo 60 da Constituição. Sobre esses limites, o mencionado jurista alemão assevera que:

A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição (Hesse: 2009; p. 304).

Na verdade, o problema que está por trás da abordagem das mutações constitucionais é um problema central não apenas para uma Teoria da Constituição, mas para toda a Teoria do Direito, que é a separação rígida entre norma, entendida como lei escrita, e realidade. O positivismo foi responsável por aprofundar essa cisão, tornando o jurista incapaz de enxergar a realidade como parte constituinte da norma.

Nos países de *common law*, a noção de evolução constitucional por meio da interpretação não é uma novidade, mesmo assim, procura-se identificar os limites desse processo. Trata-se de identificar aquela situação que demanda uma emenda formal ao texto, que apenas pode ser feita de acordo com os procedimentos formais descritos pela constituição. Nos Estados Unidos, o debate sobre os limites à alteração informal da constituição estão presentes no debate jurídico há mais de um século. É deles o conceito de emenda judicial, entendida como aquela decisão judicial que tenha ultrapassado os limites da interpretação constitucional (Macfarlane: 2021).

Konrad Hesse (1991), ao escrever a obra 'A força normativa da constituição', procura exatamente equacionar essa dualidade, a partir das provocações de Lassalle no âmbito da teoria da constituição, afirmando que a constituição escrita não passaria de uma folha de papel caso ficasse em descompasso com a realidade. Segundo o autor, não se pode nem abandonar a normatividade em favor da realidade e nem promover uma normatividade despida de realidade. A norma constitucional caracteriza-se por sua vigência, ou seja, a pretensão de que a situação por ela regulada se realize daquela forma.

A constituição jurídica tem uma pretensão de eficácia que se apresenta como uma força da realidade. Fruto da realidade das forças que atuam na sociedade, a constituição não é apartada dessa realidade, mas é ela também um elemento que condiciona e conforma essa realidade. Na medida em que, na disputa com

outras forças que atuam na realidade, a constituição consegue realizar sua pretensão de eficácia, ela adquire mais força normativa (Hesse:1991).

Exatamente sobre considerações fáticas no processo de interpretação, o autor aponta sua importância para “a consolidação e a preservação da forma normativa da Constituição” (Hesse: 1991; p.22). A interpretação da constituição, porém, não pode deixar de lado a realidade para o qual essa interpretação é dirigida, mas deve tê-la em conta. Nesse sentido, a interpretação da constituição pode modificar-se ao longo do tempo, na medida em que a situação mude.

Também no mesmo esforço, e próximo a Konrad Hesse, tem-se a teoria jurídica estruturante, proposta por Friederich Müller. Essa teoria confere uma centralidade à teoria da norma entendida como teoria do direito, assim como a uma teoria constitucional. O autor propõe uma crítica ao positivismo e uma mudança radical na concepção de norma jurídica. A norma, em Müller, é o texto da lei, e é a realidade, sendo o texto normativo o ponto de partida para a concretização da norma. Nesse sentido, existe uma relação de influência no ser e dever-ser e vice-versa. A norma é dever-ser (texto normativo) e ser (conteúdo material), que juntamente constroem a norma. Com isso, existe espaço para uma autonomia criativa. Não se trata mais de interpretar signos linguísticos a fim de ‘descobrir/desvendar’ o direito a partir da lei, mas trata-se de concretizar a norma jurídica. O operador do direito constrói o sentido da norma. Na interação entre texto normativo e realidade, a realidade devolve ao texto a norma concretizada (Müller: 2012)

Sobre as ideias de Müller, Bonavides (2017) diz que este autor alemão escreve em um cenário dominado pelo formalismo positivista fundado no dogma da completude do ordenamento jurídico, em lacunas preenchidas pelos princípios e fundamentos do direito positivo e da norma jurídica reduzida à premissa maior, lógico-formal, do processo de subsunção, em oposição à realidade. O contexto de uma sociedade em rápida transformação conduzia a uma dissolução da normatividade constitucional incapaz de acom-

panhar as mudanças. O método concretista de Muller procura reinserir a constituição no espaço que lhe fugia, uma vez que tinha sido demasiadamente estreitada pelo formalismo positivista.

A norma constitucional – e a norma jurídica como um todo – se constrói e se reconstrói com elementos de uma realidade dinâmica (alteração de valores sociais e/ou do quadro fático), mas esse processo possui uma base sólida/limite que é o texto constitucional.

O próprio Hesse (1991) traça limites a essa interpretação da constituição quando afirma que “o sentido da proposição jurídica estabelece o limite de interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa” (Hesse:1991; p.23). A mudança das situações fáticas não autoriza a supressão da norma constitucional por via interpretativa. Até porque “Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável” (Hesse: 1991; p.23). A interpretação constitucional, desse modo, que o autor chama de interpretação construtiva, é sempre um instrumento para a realização da força normativa da constituição; porém, como assinalado, ela possui limites na própria finalidade da norma, que não pode ser suprimida pelo intérprete. A norma se adapta interpretativamente à realidade, mas não pode a realidade subverter o sentido da norma. A incapacidade dessa interpretação construtiva pode pavimentar o caminho para uma ruptura constitucional.

De fato, existe uma diferença substancial entre uma interpretação constitucional que evolui com a sociedade ao longo do tempo e a efetiva adição, subtração ou alteração de dispositivos constitucionais (Macfarlane: 2021). Ao incorporar a realidade na construção da norma, Müller se afasta do positivismo. Porém, isso não o coloca no extremo oposto, em especial o decisionismo, cuja abordagem afirma que ‘o direito é o que os juízes dizem’ marcada por um voluntarismo. Müller preocupa-se com objetividade, de modo que a construção normativa operada pelo jurista possa ser escrutinada. Dessa forma,

O processo decisório precisa ser claro, transparente, objetivamente demonstrável, auditável, portanto. A aplicação da lei, no sentido tradicionalmente aceito, não cumpre as funções concretizadoras pretendidas por Muller, de ruptura com o positivismo e apelo à realidade. Por outro lado, afastar-se da lei é afastar-se da legitimidade conquistada pelo Estado Democrático de Direito (Martins: 2013; p. 86).

Por mais que o processo de construção da norma seja criativo e que não exista um direito a ser revelado pelo intérprete, mas construído de forma criativa, o texto legal, entendido como programa da norma, é ponto de partida da concretização e, ao mesmo tempo, o seu conteúdo linguístico representa um limite. Por sua vez, a conexão do programa normativo com a realidade ocorre no âmbito da norma. O âmbito da norma é, por assim dizer, o conjunto parcial de todos os fatos relevantes (âmbito fático), como elemento que sustenta a decisão jurídica como Direito (Martins: 2013).

Bonavides (2017) reforça que, em Müller, toda a concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa. Não é o texto constitucional que regula o caso, mas o seu aplicador. O texto constitucional se limita a “dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do Direito. Não possui o texto uma ‘importância’ inerente a ele, de modo que só toma sentido quando posto numa operação ativa de concretização” (Bonavides: 2017; p. 517). São os dados da realidade (âmbito da norma) afetada pela disposição da norma (programa normativo) o elemento material constitutivo da própria norma.

Considerando que nem toda a interpretação constitucional relacionada a assuntos não especificadamente tratados por ela devam ser considerados como emenda judicial, Macfarlane (2021) procura estabelecer critérios para identificar o que denomina de emenda judicial, ou seja, quando a interpretação judicial que leva a um processo informal de alteração constitucional ultrapassou os limites. Entre os critérios, o autor menciona a inconsistência com o texto constitucional, suas interpretações razoáveis, e mesmo

a infidelidade ao propósito do constituinte. O escopo original do texto, ou seja, o propósito do constituinte, também entra como critério que permite desde interpretações mais estritas até aquelas evolutivas. O propósito de um dispositivo constitucional no momento em que foi editado é importante para compreender seu significado atual. Quando uma decisão judicial se aparta tanto de um texto claro e do propósito da norma, corre risco de implicar-se em uma emenda judicial.

Ou seja, a mutação constitucional não pode desrespeitar o texto constitucional, mas deve ocorrer apenas dentro daquelas hipóteses interpretativas que o texto permite. Dentro desse debate, Souza Neto e Sarmento (2021), falando sobre os debates que ainda envolvem o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo pelo STF em 2011, questionam se esses limites teriam sido ou não ultrapassados. Os autores lembram que a indeterminação do texto constitucional giraria entorno de concepções e não de conceitos, exemplificando a partir do conceito de igualdade, cuja concepção modifica-se ao longo do tempo quando muda a realidade. Por sua vez, Sarlet (2022) afirma que o debate sobre se o Supremo Tribunal Federal estaria ou não dentro dos limites das possibilidades semânticas do texto nos casos em que opera mutação constitucional está longe de ser um ponto pacífico na doutrina.

Outro ponto bastante polêmico nesse sentido é a tese debatida no STF, de autoria do Ministro Gilmar Mendes (2004), que, reconstruindo a norma a partir do texto do artigo 52, X, da Constituição, alteraria a prerrogativa do Senado Federal (SF) de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. A tese em debate seria que, considerando as reformas ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade, em especial desde a EC-45/2004, e o *status* vinculante das decisões definitivas de mérito do STF, a mencionada prerrogativa do Senado Federal teria se esvaziado. Nesse sentido, o que competiria ao SF seria apenas dar publicidade às decisões definitivas de mérito do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Além disso, a mutação constitucional não pode perverter o sistema constitucional. Esse respeito ao sistema constitucional, conforme leciona Souza Neto e Sarmiento (2021), constitui o respeito, por exemplo, aos próprios limites materiais da reforma constitucional do artigo 60, §4º da Constituição. Agora, é interessante notar que mesmo esses limites materiais (federação; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes e direitos e garantias individuais) também estão sujeitos à mutação constitucional quando se pensa, por exemplo, no próprio estado da federação brasileira quando comparado ao que o próprio constituinte desejou em 1988. O que é certo é que a mutação não pode desvirtuar o desejo do constituinte originário porque ela é processo de alteração informal e não de reescrita da Constituição.

Inclusive, entre os critérios que Macfarlane (2021) determina para identificar os limites da alteração informal, encontra-se o alinhamento com as expectativas da comunidade política sobre o conteúdo da Constituição. É a comunidade política, em seu momento constituinte, que legitima a Constituição a partir de sua soberania. Desde modo, uma decisão judicial não pode, no processo de interpretação, ir contra as expectativas da comunidade política sobre o conteúdo da Constituição. O autor reconhece que não é fácil identificar essas expectativas; porém, ele dá pistas como, por exemplo, a partir dos atores políticos envolvidos na decisão em análise, verificar se antes da decisão eles já se comportavam dessa forma, se já expressavam o desejo de reforma ou mesmo se, depois da decisão judicial, procuraram revertê-la por meio de reforma. É importante dizer que não é o fato de a comunidade política ter aceitado a decisão que a descaracteriza como emenda judicial.

5. De Roe V. Wade (1973) a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (2022)

Diferentemente do federalismo brasileiro, onde legislar sobre direito penal é uma competência privativa da União (22, I da CF), nos Estados Unidos, a Constituição de 1787/88 não traz nenhu-

ma provisão clara sobre isso. Desse modo, a competência legislativa sobre direito penal repousa tanto sobre os Estados como sobre a União, de forma que a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) é constantemente levada a reforçar os limites dessa divisão de competências.

De modo geral, conforme aponta Barow (2010), o entendimento para essa distribuição de competências, firmado pela SCOTUS em casos como *United States v Lopez* (1995), é com base na chamada Cláusula de Comércio. Geralmente, toda a competência para legislar sobre direito penal e execução penal cabe aos Estados, sendo que a União apenas pode criminalizar condutas que, de alguma forma, possuam um conteúdo econômico e, com isso, estejam aptas a interferir no comércio. Lembrando que a competência para a regulamentação do comércio interestadual e exterior é do Congresso dos Estados Unidos. Com isso, cabe aos Estados criminalizar condutas outras sem conteúdo econômico.

Essa breve explicação é importante para se compreender o impacto jurídico do entendimento da SCOTUS sobre o aborto. Entendida como uma conduta de caráter não-econômico, a competência legislativa está com os Estados. No caso, a SCOTUS se pronuncia sobre a existência ou não de um direito ao aborto e, com isso, impactando nessa competência estadual de, eventualmente, criminalizar/restringir tal conduta.

Outro ponto é importante a compreensão da arquitetura constitucional dos Estados Unidos no que toca aos direitos fundamentais. Johnson (2022) divide a história constitucional dos Estados Unidos em três momentos, três repúblicas. Na primeira república, lastreada pelos Artigos da Confederação (1781-89), as prerrogativas da União eram precárias e, com isso, ela se tornava incapaz de agir em problemas do cotidiano. Na segunda república, inaugurada com a Constituição de 1789, estabelece-se um governo federal com mais poderes para tratar questões de interesse comum, tais como comércio/economia e defesa. Isso somente foi possível, porém, porque, a princípio, os direitos arrolados na Declaração de Direitos (as Emendas 1 a 10 da Constituição) são

pensados como limitações ao governo federal, não se aplicando aos Estados. Foi assim que durante anos mantiveram-se distintos padrões de direitos e liberdades, tais como a questão da própria escravidão. O estopim da Guerra Civil Americana foi exatamente o posicionamento favorável a um único padrão de proteção das liberdades nos Estados Unidos, advogando-se pela abolição. Enquanto a 13ª Emenda é importante por consubstanciar essa abolição, é a 14ª Emenda que contém todo o potencial revolucionário da Guerra Civil, sendo o marco do que vai se chamar de terceira república.

Nos anos 1970, nos Estados Unidos, havia uma intensa campanha pública sobre a existência ou não de um direito ao aborto protegido no âmbito da Constituição. No caso *Griswold v. Connecticut* (1965), a SCOTUS declarou inconstitucional uma lei do Estado do *Connecticut* que proibia o uso e a indicação de contraceptivos. Em sede de controle de constitucionalidade, o tribunal entendeu que adoção de métodos contraceptivos entre pessoas casadas seria um assunto do âmbito da privacidade da relação matrimonial, de modo que o Estado, ao legislar sobre o assunto, teria violado o direito à privacidade. A lei estadual foi declarada inconstitucional. Macfarlane (2021) menciona que o caso é usado muito como exemplo de emenda judicial. Porém, o autor alega que a decisão da Suprema Corte fundamenta o direito à privacidade não em uma leitura estrita, mas estrutural da Constituição, principalmente considerando a abertura da Emenda 9. Desse modo, a decisão não contraria um enfoque razoável de interpretação.

Em 1969, a Suprema Corte da Califórnia, no caso *People v. Belous*, também tratou do assunto. O médico Leon Belous foi condenado por encaminhar uma paciente para um médico que realizava abortos ilegais. O mencionado tribunal anulou a condenação, alegando a inconstitucionalidade da lei estadual, considerando que a permissão sob o argumento de que ser 'necessário para preservação da vida' era inconstitucionalmente vaga. Além disso, o tribunal entendeu que o direito ao aborto estaria protegido no âmbito do direito à privacidade.

Depois desse caso, salienta Boop Jr. (1989), vários casos chegaram ao Judiciário dos Estados Unidos, alegando a inconstitucionalidade de leis restritivas ao aborto sob a alegação de violação do direito à privacidade.

O caso *Roe v. Wade* era um desses que chegaram na SCOTUS. O caso é que Norma McCorvey encontrava-se grávida do seu terceiro filho e desejava abortar. Tentou alegar falsamente um estupro para, dentro da legislação do Texas, conseguir realizar o aborto legalmente. Ao não conseguir, ela teve ajuda de Linda Coffee e Sarah Weddington, que deram a McCorvey o nome de Jane Roe. Henry Wade era o promotor distrital do condado de Dallas. No final, McCorvey deu à luz antes da decisão do tribunal, porém, tal tribunal entendeu como possível a realização do aborto com base no direito à privacidade do caso *Griswold v. Connecticut*.

O julgamento desse caso importou um placar de 7-2. Dos sete juízes favoráveis à existência de um direito ao aborto, Harry Andrew Blackmun foi o autor da *Opinion of the Court*, que contém a decisão em si, referendada pela maioria dos juízes. Dos 7 juízes, 3 apresentaram algumas divergências periféricas sobre a decisão da corte (Potter Stewart, William Orville Douglas e Warren Earl Burger). Byron Raymond White e William Hubbs Rehnquist foram contrários. Nesta pesquisa, a atenção será dada à *Opinion of the Court*, subscrita pela maioria, e que será contrastada com a mesma peça no caso de 2022.

A *Opinion* começa com várias considerações processuais porque, no mesmo julgamento, outros casos conexos são apreciados. Porém, um ponto interessante é a consideração sobre a atualidade do caso para que fosse julgado pelos tribunais superiores – entre eles, a SCOTUS. Exigir-se-ia que McCorvey ainda estivesse grávida. O juiz Blackmund considerou que se isso fosse aplicado, tendo em mente o prazo de uma gravidez, jamais os tribunais superiores apreciaram nada do tipo. Além disso, ela poderia engravidar novamente, assim como todas as mulheres. Por isso, essa exigência foi afastada e o caso considerado atual.

A existência de um direito constitucional ao aborto é derivada, segundo os autores da ação, do direito à privacidade, conforme o caso *Griswold v. Connecticut*. Acontece que a Constituição dos Estados Unidos da América não menciona diretamente a existência de um direito à privacidade, sendo o mesmo derivado da Emenda 9⁶, Emenda 14⁷, da penumbra da *The Bill of Rights* de 1789 e afirmado em tantos outros casos da SCOTUS.

Aqui, é importante prestar especial atenção à Emenda 14, em especial ao seu primeiro parágrafo. O texto da emenda reconhece a existência de uma cidadania dos Estados Unidos. Essa cidadania, composta pelo direito à vida, à liberdade e à propriedade, não pode ser restrita sem o devido processo legal. Durante muito tempo, a Suprema Corte ignorou o potencial revolucionário da emenda e continuou a proteger as legislações estaduais restritivas. Isso muda apenas no começo do século XX, quando a já mencionada Era Lochner é revertida em *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937). Nas décadas seguintes, uma composição da Suprema Corte, formada por juízes indicados nos governos democratas de Roosevelt e Truman, passa a explorar o potencial revolucionário do §1º da Emenda 14 em termos de direitos de acesso à justiça e, nos anos 1960, teve início a doutrina que vê uma dimensão substantiva no ‘*due process of law*’, alegando que

However, some jurists argued that the Due Process Clause protections were not simply limited to the legal procedures spelled out in the first eight amendments to the Constitution. Pointing to the ‘other rights’ protected by the Ninth Amendment, they argued that the clause also protects certain fundamental liberties which are ‘implicit in the concept of ordered liberty’, which no government—state or federal—can restrict. If these liberties are not present in a society, then the entire process of law itself is not proper or fair. (Johnson, 2022, p. 616-617).

⁶ The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

⁷ Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Blackmun observa que as leis restritivas ao aborto tinham surgido nos Estados Unidos no final do século XIX. Até então, prevalecia no país conceitos herdados ainda da *Common Law* inglesa e mesmo de algumas leis estaduais que positivaram essa herança colonial, onde o aborto era regulado tendo em vista o momento em que o feto começasse a se mexer no ventre materno (*quickening*).

Porém, segundo o relator, a situação começa a modificar-se quando, em 1871, a Associação Médica Americana coloca-se contra o aborto e, a partir disso, leis restritivas começam a emergir nos Estados ao longo no fim do século XIX e começo do século XX. Essas leis tinham como fundamento basicamente três razões: a preocupação social vitoriana com condutas sexuais ilícitas; o aborto era um procedimento muito arriscado para a mulher, sendo alta a taxa de mortalidade muito devido às péssimas condições de assepsia (o que justifica a preocupação da Associação Médica Americana); por fim, alega-se o interesse estatal na proteção da vida intrauterina.

Confrontando todos esses argumentos, Blackmun afirma que

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. (United States: 1973; p. 153)

Porém, continua o juiz, esse direito não é absoluto. Continua o seu voto condutor afirmando que:

[...] some state regulation in areas protected by that right is appropriate. As noted above, a State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life [...] The privacy right involved, therefore, cannot be said to be abso-

lute. [...] We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation (United States: 1973; p. 154)

Ao final de sua decisão, o juiz Blackmun estabeleceu até então o padrão sobre o direito ao aborto: no primeiro trimestre, tratava-se de uma decisão privativa da mulher juntamente com o seu médico; no segundo trimestre, leis estaduais poderiam regular o aborto a fim de proteger a saúde da mulher; no último trimestre de gravidez, os Estados poderiam até proibir o aborto a fim de proteger a vida intrauterina, com exceção do aborto necessário para preservação da vida ou saúde da mulher. (United States, 1973)

Após essa decisão, surgiram outras oportunidades de a SCOTUS visitar sua decisão e, certamente, a mais significativa foi o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992), a Corte teve oportunidade de revistar *Roe v. Wade*. Nessa situação, *Roe v. Wade* foi parcialmente superada quando a Corte endossou, com base na doutrina do *stare decisis*⁸, que o Estado não pode constitucionalmente proteger a vida fetal antes da viabilidade. Com isso, a regra da trimestralidade foi abandonada e uma nova regra surgiu: a de que nenhum Estado poderia impor obstáculos exagerados a uma mulher que buscasse o aborto, ainda que não dissesse o que seria 'exagerado' (United States, 2022).

O caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* se inicia quando o Mississippi promulga uma lei (*Gestational Age Act 2018*) que proíbe o aborto de um ser humano não-nascido depois da 15ª semana de gestação, salvo em emergência médica ou um caso de anormalidade fetal severa. Essa determinação legal vai totalmente contra as decisões em *Roe* e *Casey*. Em virtude dessa lei, uma clínica de aborto ingressou judicialmente contra várias autoridades estaduais alegando a inconstitucionalidade da lei. O caso chega à SCOTUS via *Writ of Certiorari* no intuito de debater a questão se

⁸ Em apertada síntese, a doutrina do *stare decisis*, de origem da *Common Law* inglesa, significa que os precedentes (debate sobre questões de direito) em uma corte superior são vinculantes para as cortes inferiores a ela vinculadas (vinculatividade vertical) e para a própria corte que decidiu (vinculatividade horizontal).

todas as proibições anteriores à viabilidade em abortos eletivos são inconstitucionais. Para resolver essa questão, o juiz Samuel A. Alito, que redige a *Opinion of the Court*, coloca a questão fundamental de saber se a constituição confere um direito ao aborto.

Para tanto, o juiz formula três pontos a serem considerados: 1 – Explicar o padrão que os casos utilizaram a referência da 14ª Emenda à ‘liberdade’ para proteger um direito específico; 2 – Examinar se o direito em questão possui raízes na história e tradição nacionais; 3 – Entender se o direito ao aborto é parte de um direito mais amplo e baseado em outros precedentes.⁹

A constituição não faz nenhuma referência a um direito ao aborto e os que alegam sua existência devem, de alguma forma, demonstrar seu caráter implícito no texto constitucional. A decisão *Roe v. Wade* fundamenta o direito ao aborto no direito à privacidade, que também não é explícito na constituição. Com isso, a Corte fundamenta o direito ao aborto nas Emendas 1, 4, 5 9 e 14. Três combinações dessas emendas podem dar suporte, segundo a decisão de 1973, ao direito ao aborto: 1 – o direito se encontraria na 9ª Emenda, 2 – o direito teria fundamento na 1ª, 2ª ou 5ª Emenda ou na sua combinação, sendo incorporado na 14ª Emenda e sua cláusula do devido processo, 3 – o direito ao aborto estaria contido na liberdade protegida pela cláusula de devido processo da 14ª Emenda. Com isso, a decisão de 1973 deu a impressão de que o fundamento seria a ‘liberdade’ da 14ª Emenda, mas, na verdade, a mensagem é que o direito ao aborto teria fundamento constitucional incerto, em algum lugar impreciso e sem importância de ser definido.

Antes de se deter a esses pontos, Alito traz à tona o argumento de que a restrição do aborto violaria a cláusula da 14ª Emenda sobre a igualdade de gênero (*Equal Protection Clause*). Sobre esse ponto, o juiz argumenta que não se trata de uma regulamentação baseada em tratamento diferenciado de sexo, mas de um procedimento médico ao qual apenas um sexo pode se submeter. Deste modo, a proibição do aborto não seria animada por uma discriminação contra as mulheres.

⁹ A fim de não alongar demasiadamente o texto, o foco será dado ao primeiro ponto e algo do segundo, devido à análise histórica.

A teoria segundo a qual a Cláusula do Devido Processo da 14^a Emenda confere proteções materiais e processuais para a liberdade é controversa. Porém, a jurisprudência da SCOTUS reconhece dois tipos de direitos substantivos a partir da mencionada Emenda: primeiramente, aqueles das primeiras oito Emendas, e, em seguida, relaciona-se a direitos fundamentais não mencionados pela Constituição. Para definir se um direito se encaixa nessas categorias, a jurisprudência da Corte questiona-se se tal direito estaria profundamente enraizado na história e tradição nacional e se ele seria essencial para o 'esquema de liberdade ordenada' da Nação.

Em seguida, o juiz cita vários casos em que tal questionamento foi feito com base nesses pontos e que direitos foram reconhecidos por preenchê-los. Segundo observa, simplesmente ao se falar de 'liberdade', fala-se de muitas coisas. Nesse sentido, não se deve confundir a liberdade que se deseja ter com aquela que a 14^a Emenda garante. Ao reconhecer direitos que não são mencionados na Constituição, a SCOTUS corre o risco de usurpar as funções dos representantes eleitos do povo. A fim de evitar tal usurpação, a jurisprudência da SCOTUS propõe o teste de procurar na tradição e na história dos Estados Unidos as raízes daquele direito que se deseja reconhecido sob o pálio da liberdade. Quando se questiona nessa perspectiva, fica claro que a 14^a Emenda não protege o direito ao aborto.

Inclusive, Johnson (2022) chama a atenção para o voto do juiz Clarence Thomas, que toca exatamente no ponto dos direitos garantidos pela doutrina do '*substantive due process*', tida como equivocada pelo magistrado. Caso a mencionada doutrina seja efetivamente desmantelada em algum momento, ver-se-ia o ressurgimento do constitucionalismo estadual e erodiria o padrão nacional de liberdades fundamentais.

Sobre a questão histórica, até a segunda metade do século XX, o direito de abortar não possuía *status* constitucional nos Estados Unidos e não havia nenhum debate a este respeito. Debate que surge apenas depois do caso *Roe v. Wade* (1973). No âmbito da *Common Law*, ainda que o aborto antes do feto se mexer no ventre

materno não fosse considerado homicídio, não se pode dizer que ele era permitido ou, ainda, que era um direito. Até *Roe v. Wade* (1973), a maioria dos Estados proibia o aborto em todos os estágios, salvo se necessário para salvar a vida da mãe.

A conclusão a que chega o juiz é que a decisão *Roe v. Wade* (1973) representa uma quebra na tradição daquele país de proibir o aborto desde os tempos da *Common Law* até 1973, de forma que as atitudes em relação ao aborto teriam mudado a partir de 1973 e não que 1973 tivesse representado a consolidação de um processo anterior.

Por esses motivos, entre outros ao longo do texto da Opinião, Alito conclui que:

The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including [...] the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty.” *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997) (internal quotation marks omitted) (United States: 2022; p.05).

Com isso, a decisão da SCOTUS nega a existência de um direito constitucional ao aborto e devolve a regulamentação plena da matéria para os Estados.

6. Considerações finais

A reversão do caso *Roe v. Wade* (1973) pelo caso *Dobbs v. Jackson* (2022) pode ser analisada por vários ângulos dentro da teoria constitucional. Um desses ângulos é o da mutação constitucional, que sintetiza a possibilidade de construção e reconstrução do ordenamento jurídico constitucional ao longo do tempo, sem implicar em uma alteração formal do texto.

Conforme ensina Hesse sobre as relações entre constituição e realidade, a própria constituição é uma força da realidade e realiza-se enquanto pretensão de eficácia. No caso *Roe v. Wade* (1973), a SCOTUS reconheceu o aborto legal como um direito fundamental e não apenas como excludente de ilicitude. No âmbito da mutação constitucional que ocorre no Judiciário, comentou-se que os tribunais precisam de muita cautela no exercício do seu papel contramajoritário, a fim de não dissolver sua legitimidade, que haurem exatamente do respeito à Constituição.

Ao mesmo tempo, o tribunal possui o papel de induzir mudanças – como salientado no próprio caso *Dobbs v. Jackson* (2022) – de que a decisão anterior teria rompido com a ‘tradição e história’ dos Estados Unidos sobre o tema. Quase cinquenta anos se passaram e mesmo assim o mencionado direito não se assentou na sociedade e na cultura jurídica daquele país, permitindo um constante *backlash* que, em momento político oportuno, reverte a decisão. É certo que a análise da decisão de 2022 está relacionada com a composição atual da SCOTUS.

A SCOTUS não proibiu o aborto, mas afirmou que ele não é um direito constitucionalmente protegido e devolveu o debate ao âmbito dos Legislativos estaduais. A decisão de 1973 foi criticada no âmbito acadêmico daquele país justamente pela sua fragilidade argumentativa ao derivar o direito ao aborto do direito à privacidade. A decisão de 2022 ressalta tais fragilidades e as enfrenta de forma clara e didática.

Trata-se também de um caso de mutação constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade onde, outrora, entendeu-se que existia um direito ao aborto constitucionalmente protegido e com isso legislações restritivas padeciam de nulidade, e agora, diante de uma mudança da realidade sociopolítica, entendeu-se que não há tal direito garantido constitucionalmente e tais legislações são válidas.

A mencionada reversão representa uma ameaça a todos os direitos fundamentais que os cidadãos dos Estados Unidos conquistaram com base na doutrina do '*substantive due process*', que blinda liberdades fundamentais – em especial aquelas relacionadas à intimidade – da mira dos legisladores federais e estaduais.

Ainda nos termos colocados por Macfarlane para identificar dentre as mudanças informais da constituição aquelas que são verdadeiras emendas judiciais, foge ao escopo dessa pesquisa identificar isso no mencionado caso, mas induz pesquisas posteriores a se aprofundarem no assunto.

Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787/88 é difícil de ser emendada¹⁰. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em comparação, é fácil de ser emendada, tendo sido várias vezes, com espantosa velocidade. A segurança dos direitos fundamentais nunca decorrerá exclusivamente da norma constitucional. A reversão do caso *Roe v. Wade* (1973) sinaliza que direitos conquistados pela via da mutação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal não escapam de terem o mesmo destino se não forem constantemente reafirmados e enraizados na sociedade e, ainda assim, formalmente escritos no texto constitucional.

Referências

BARKOW, Rachel E. Federalism and Criminal Law: what the feds can learn from the states. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 109, n. 4, p. 519-580, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁰ Article V: The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

BOOP JR., James. Will there be a constitutional right to abortion after the reconsideration of *Roe v. Wade*? **Journal of Contemporary Law**. v.15, n.2, p.131-174, 1989.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Heloísa Fernandes et al. **Fundamentos de direito constitucional**: novos horizontes brasileiros. Salvador: Juspodivm, 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des) ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no brasil pós-64. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, [S.L.], n. 95, p. 259-288, ago. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-6445259-288/95>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [S.I.], v. 7, n. 2, p. 136-146, 27 maio 2015. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2015.72.04>.

GOMES, David Francisco Lopes. **Para uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade**. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022. 346 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução de: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho.

JOHNSON, Richard. Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution. **The Political Quarterly**, [S.L.], v. 93, n. 4, p. 612-619, out. 2022. Wiley. <http://dx.doi.org/10.1111/1467-923x.13193>.

KOZICKI, Katya. Backlash: as "reações contrárias" à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194.

MACFARLANE, Emmett. Judicial amendment of the constitution. **International Journal Of Constitutional Law**, v. 19, n. 5, p. 1894-1924, 1 dez. 2021. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/icon/moab127>.

MARTINS, Giorgia Sena. **Norma ambiental: complexidade e concretização**. Dissertação (319f.) Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v.41, n.162, abr/jun 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MÜLLER, Friederich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional** In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. 2.ed. 7. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

UNITED STATES. Supreme Court Of The United States. Roe v. Wade. Appeal From The United States District Court For The Northern District Of Texas nº 410 U.S. 113. Relator: Juiz Harry Andrew Blackmun. Washington, 22 de Janeiro de 1973. [S.L].

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. Thomas E. Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health v. Jackson Women's Health Organization. Writ of Certiorari to the United States Court of Appels for the Fifth Circuit 597 U.S. Relator: Justice Samuel A. Alito. Washington, 24 de Junho de 2022.