

Recebido em: 05/09/2023

Aprovado em: 25/10/2023

DOSSIÊ

# A CONTRIBUIÇÃO DE LUÍS ROBERTO BARROSO E HARRY BLACKMUN À EMANCIPAÇÃO DA MULHER NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

## *THE CONTRIBUTION OF LUÍS ROBERTO BARROSO AND HARRY BLACKMUN TO THE EMANCIPATION OF WOMEN IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES*

*João Carlos Souto<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O aborto nos estados unidos da américa. 1.1. Rose, Ramsey e Roe. 1.2. Prática disseminada, tolerada e moralmente aceita. 1.3. O voto do juiz Harry Blackmun. 1.3.1. Interpretação “sem predileção”. 1.3.2. O Código Penal do Texas, Jane Roe e a class action. 1.3.3. Direito à privacidade. 1.3.4 Blackmun, Posner e Scalia: consequencialismo,

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional (UDF/Brasília), Mestre e Doutor (*Suma Cum Laude*) em Direito (CEUB), Procurador da Fazenda Nacional. É autor de “Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões”, (4<sup>a</sup> ed/2021, Atlas).

“pragmatismo jurídico, voltado para o futuro” e supremacia do originalismo. 1.3.5 *Roe v. Wade* tem fundamento em ampla base constitucional. 2 Habeas corpus 124.306, estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo trata da contribuição concreta de dois juízes à emancipação feminina, no Brasil e nos Estados Unidos da América. Ambos juízes das Cortes de Justiça mais importante em cada um desses dois países. Luís Roberto Barroso, no Brasil. Harry Blackmun, nos Estados Unidos. O artigo divide-se em duas seções. Na primeira são tecidas algumas considerações sobre o aborto nos Estados Unidos, a evolução histórica, da aceitação disfarçada à criminalização da mulher grávida e de quem a auxiliasse no aborto. O caso *Roe v. Wade* foi julgado em 1973 e se constitui em paradigma mundial, mesmo depois de ter sido superado em junho de 2022. O voto do juiz Blackmun é analisado levando-se em conta a realidade dos Estados Unidos antes e depois da decisão. Procurou-se, tanto quanto possível, percorrer as dificuldades inerentes a uma decisão dessa envergadura, em um país com tradição religiosa acentuada, com grande resistência ao aborto. A segunda parte do artigo percorre o “voto-vista” do ministro Luís Roberto Barroso, importante posição do Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha tido idêntico impacto ao causado pela decisão em *Roe v. Wade*. E não teve por razões óbvias, porque tratava-se de habeas corpus, tipo de processo em que a decisão não tem efeitos erga omnes e vinculante. No caso estadunidense, apesar de se tratar também de controle difuso, a vinculação ao precedente propicia efeito amplo ao que restou decidido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Suprema Corte dos Estados Unidos. Supremo Tribunal Federal. Luís Roberto Barroso. Harry Blackmun. Aborto. Inconstitucionalidade da Criminalização.

**ABSTRACT:** This article deals with the concrete contribution of two judges to female emancipation, in Brazil and in the United States of America. Both judges of the most important Courts of Justice in each of these two countries. Luís Roberto Barroso, in Brazil. Harry Blackmun, in the United States. The article is divided into two sections. In the first, some considerations are made about abortion in the United States, the historical evolution, from the disguised acceptance to the criminalization of the pregnant woman and of those who helped her with the abortion. The *Roe v. Wade* was decided in 1973 and constitutes a world paradigm, even after

being overruled in June 2022. Judge Blackmun's opinion is analyzed taking into account the reality of the United States before and after the decision. As much as possible, an attempt was made to go through the difficulties inherent in a decision of this magnitude, in a country with a strong religious tradition, with great resistance to abortion. The second part of the article covers the “voto-vista” of Minister Luís Roberto Barroso, an important position of the First Panel of the Federal Supreme Court, although it did not have the same impact as that caused by the decision in *Roe v. Wade*. And it did not, for obvious reasons, because it was habeas corpus, a type of process in which the decision does not have erga omnes and binding effects. In the US case, despite the fact that it is also a matter of diffuse control, the link to precedent provides a broad effect to what has remained decided.

**KEYWORDS:** United States Supreme Court. Federal Supreme Court. Luís Roberto Barroso. Harry Blackmun. Abortion. Unconstitutionality of Criminalization.

## INTRODUÇÃO

“Emancipação feminina” é expressão que acolhe diversos significados e uma longa trajetória histórica, que embora extensa, não será enfrentada aqui em detalhes, pela razão óbvia que o objeto do artigo é tratar da contribuição de dois grandes juristas “americanos”<sup>2</sup> a “um” aspecto do tema, mais especificamente a questão da gravidez e do aborto, e suas maiúsculas repercussões para a vida da mulher.

O artigo discorre sobre o aborto na América acima e abaixo do Rio Grande. Em uma ponta lança um olhar sobre o voto do juiz Harry Blackmun em *Roe v. Wade* (1973). E nesse sentido explora toda a riqueza histórica do voto, que recua a um tempo em que o aborto era tolerado em vários Estados, procurando explicar a mudança social da tolerância à aversão e em seguida a ilegalidade.

Nesse contexto o artigo traça um breve perfil do juiz Harry Blackmun, responsável por redigir o voto, pela maioria, no caso *Roe v. Wade*. Discorre sobre a construção e os detalhes mais importantes do voto, a posição contrária e a profunda divisão que o tema suscita na sociedade estadunidense.

Na outra ponta o artigo se ocupa de traçar um igualmente breve perfil do ministro Luís Roberto Barroso, que é o que se denomina, na Língua de Marco Túlio Cícero, um *primus inter pares*, um Jurista na acepção mais ampla e profunda do termo. E isso se comprova por sua trajetória como

---

2 Um sul-americano, Luís Roberto Barroso, o outro um norte-americano, Harry Blackmun.

advogado, procurador de Estado, professor de Direito e, principalmente, sua contribuição ao Direito Constitucional, como autor e como juiz da mais importante Corte de Justiça do Brasil.

Como se trata de um estudo de direito comparado acerca da contribuição à Emancipação da Mulher, a decisão escolhida como objeto desse trabalho foi a proferida pelo ministro Barroso no Habeas Corpus 124.306; cujo voto inaugura um novo capítulo do tema aborto na Justiça e sociedade brasileiras.

O artigo aborda um tema - conquista ao direito ao aborto via decisão judicial - com dois eixos: um na América do Norte e outro na América do Sul. Em outras palavras: um aspecto importante da emancipação feminina, fruto parcial da efetiva contribuição de dois grandes juristas.

Embora trate-se da contribuição jurisprudencial de dois juristas ao tema “aborto”, qualquer artigo que se proponha discorrer sobre Emancipação feminina, há que ter no horizonte um registro - ainda que breve - sobre a luta das mulheres pelo direito ao voto, longa caminhada que possibilitou descortinar outros direitos.

Essa prerrogativa continua<sup>3</sup> sendo uma das principais pautas do sexo feminino, desde a histórica Convenção de *Seneca Falls* (LEPORE, 2019, p. 257), nos Estados Unidos, em 1848, marco da luta pelo sufrágio universal, que teve como protagonistas Susan Anthony e Elizabeth Stanton<sup>4</sup>.

A *Seneca Falls Convention* foi desenhada para debater temas de interesse da mulher e resultou na adoção da denominada “Declaração de Sentimentos”, que pode ser sumarizada na seguinte observação de autoria de Jill Lepore (2019): “A Declaração de Sentimentos de Stanton não pedia apenas uma reforma legislativa fragmentada, mas ecoava a Declaração de Independência”. A alusão à Declaração de Independência reside no tom e no estilo utilizado, propositadamente parecido com o importante texto de 1776.

O voto somente viria a ser conquistado em 1919, com a aprovação da Emenda Dezenove, que havia sido proposta alguns anos antes, em 1878, mas a alteração constitucional guarda as digitais das organizadoras e participantes da *Seneca Falls Convention*, semente que continuaria a dar frutos nos anos e séculos seguintes, não só relativamente ao sufrágio universal, mas a outros direitos que se descortinaram desde então.

3 Alguns estados nacionais ainda impõem restrições ao direito do voto das mulheres.

4 Ambas foram importantes na organização da *Seneca Falls Conventions* e tiveram igualmente participação ativa no movimento feminino que se seguiu, incluindo na criação de um jornal voltado para torna-lo público, o que concretizou em 1876, com o *Ballot Box*, mais tarde rebatizado como *National Citizen*. Cf. McMillen (2008, p. 210).

## 1. O ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

### 1.1. Rose, Ramsey e Roe

Famílias numerosas eram comuns em fins do século XIX e até meados do século XX, no Brasil, nos Estados Unidos ou na Europa, para citar só o Ocidente. Os Kennedys, considerada a mais tradicional família de políticos dos Estados Unidos, eram nove irmãos, filhos de Joseph Patrick Kennedy e Rose Kennedy (NASAW, 2012, p. 9).

Da realeza de carne e osso do Estado de Massachussetts, para a ilha de Skye, na Escócia, onde Virginia Woolf ambientou um romance de cunho aparentemente autobiográfico, sobre uma família ficcional controlada pelo patriarca, o Senhor Ramsey, e no qual a esposa, a Senhora Ramsey, tinha um certo protagonismo, ela que havia parido oito filhos (WOOLF, 2022, p. 15). Um dia, por volta de 1910, ela demonstrou um misto de irritação e decepção porque o marido vetara um passeio ao Farol, desejo de James Ramsey, um dos filhos.

O século XX teve início sob o signo de enorme discriminação de gênero, com a mulher ainda subjugada, sem direito a voto e no mais das vezes sem voz na relação conjugal. Sequer possuíam o direito de não querer engravidar ou de optar pela interrupção da gravidez. A submissão de Rose Kennedy a Joseph, abunda no livro *The Patriarch* (NASAW, 2012, p. 47-48). Em grau menor, a da senhora Ramsey ao “chefe” da família. Ambas - a real Rose e a fictícia Ramsey - testemunharam um tempo que em certa medida ficou para trás, mas enquanto nele viveram, sequer tinham controle sobre o próprio corpo, foram impedidas, por tradição, pela religiosidade, pelas leis, ou pela Justiça, de adotar métodos contraceptivos ou de impedir a continuidade da gravidez.

Nos Estados Unidos, em ambos os casos, a solução para o problema, para os limites impostos à autonomia da mulher sobre seu próprio corpo, é resultado da atuação da Suprema Corte, em duas decisões emblemáticas: *Griswold v. Connecticut* (EUA, 1965) e *Roe v. Wade* (EUA, 1973). A primeira versa sobre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de métodos contraceptivos, resquícios das Comstock Laws<sup>5</sup>, de fins do século XIX.

*Roe v. Wade*, embora tenha sido revogado pela Suprema Corte em 24 de junho de 2022, o julgado ainda permanece relevante, seja pelo que de positivo proporcionou durante quase meio século de vigência, seja porque

---

5 Amy Werbel cita, inclusive, a criação de uma associação (*National Defense Association*), em 1878, “fundada especificamente e exclusivamente para prover assistência legal e financeira àqueles presos ou ameaçados em casos envolvendo *Comstock Laws*, Estadual e Nacional” (*an organization founded specifically and exclusively to provide legal and financial assistance to those arrested or threatened in cases involving the Comstock Laws, State, and National*), cf. Werbel (2018, p. 126). Sobre Comstock Laws, consultar, ainda, Johnson (2005).

ainda inspira mulheres a lutarem pela adoção de legislação que possibilite a escolha pessoal em interromper a gravidez, e, ainda, por manter aceso o debate político e jurídico nos Estados Unidos, tanto no plano federal<sup>6</sup> quanto no estadual.

Roe não morreu, foi seriamente alvejado, banido em alguns Estados, mas definitivamente não se pode declarar óbito. Há uma decisão contrária (EUA, 2022), um recuo considerável, mas evidentemente há luta, há disposição para reverter a decisão, como bem ilustra o resultado de um plebiscito no Kansas, majoritariamente republicano e, portanto, conservador. Em 02 de agosto de 2022 os eleitores do Estado foram às urnas especificamente para decidir o tema aborto e o resultado dessa consulta, com maciça presença aos locais de votação, surpreendeu a todos. O jornal *The New York Times* registrou que “os eleitores do Kansas decidiram retumbantemente contra a remoção do direito ao aborto da Constituição Estadual” e classificou o resultado como “uma grande vitória para o movimento pelo direito ao aborto em um dos estados tradicionalmente conservadores da América” (SMITH; GLUECK, 2022, p. 1)<sup>7</sup>.

Outro exemplo expressivo do movimento desencadeado com a decisão Dobbs foi a postura da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) que aprovou projeto de lei<sup>8</sup> autorizando o aborto (WANG; SCOTT, 2022). O projeto, contudo, não conseguiu passar no Senado, considerando que a Casa, desde a eleição de 2020, é literalmente dividida ao meio, e mesmo o voto de minerva da vice-presidente da República nem sempre é suficiente. O Senado tem características muito específicas, entre elas o processo legislativo em que há o *filibuster*, instrumento legislativo “profundamente arraigado na cultura política dos Estados Unidos” (WAWRO; SCHICKLER, 2006, p. 6) e presente na história da Câmara Alta há mais de um século, e que não se confunde (embora seja parecido) com a mera “obstrução” como conhecida no Brasil.

Por tudo isso, Roe - nome fictício utilizado por Norman McCorvey<sup>9</sup> (HALL; ELY JR., 2009, p. 304) para não revelar sua real identidade, recurso comum no direito estadunidense - é um salto comportamental evolutivo se comparado aos de Rose e Ramsey.

6 Ver, mais abaixo, menção ao *Women's Health Protection Act*.

7 Anote-se que o desfecho dessa eleição no Kansas é indicativo contundente do grau de mobilização de parte da sociedade estadunidense pela manutenção das regras garantidas por Roe durante aproximadamente cinquenta anos.

8 Aliás, mesmo antes da decisão em Dobbs o Legislativo federal já emitia sinais concretos de mobilização, ante a possibilidade de precedente (Roe) ser revogado. Em maio de 2021 o Senado derrubou o projeto de lei denominado *Women's Health Protection Act* (Lei de Proteção à Saúde da Mulher). A derrota motivou o Senador Chuck Schumer, de Nova Iorque, a conchamar a sociedade a votar no Partido Democrata: “Eleja mais democratas pró escolha se quiser proteger a liberdade e o direito de escolha de uma mulher”. Cf. Karni (2022).

9 O nome completo era Norma Leah Nelson McCorvey.

## 1.2. Prática disseminada, tolerada e moralmente aceita

Em livro publicado em 2022 Leslie Reagan discorre sobre o aborto nos Estados Unidos em fins do século XIX e início do século XX, e assevera que “apesar da criminalização em todo o país o aborto continuou e foi amplamente tolerado” (REAGAN, 2022, p. 20). “Na virada do século” (...) - continua a autora - “o aborto continuou a ser um método importante de controle de natalidade, particularmente para mulheres casadas da classe trabalhadora”, como Francis Collins, uma senhora casada, residente em Chicago, que na década de 1920 falecera por complicações decorrentes do aborto. Reagan completa registrando que “o uso do aborto no século XX fazia parte de uma longa tradição entre as mulheres de controlar e limitar a gravidez” (REAGAN, 2022, p. 20, tradução nossa)<sup>10</sup>.

Estima-se que por volta de 1920, ano que Francis Collins faleceu, eram praticados centenas de milhares de abortos nos Estados Unidos (GORDON, 1990, p. 493), somente em Chicago, em 1904, o quantitativo era da ordem de seis a dez mil abortos por ano (REAGAN, 2022, p. 23), o que reforça mais do que a impressão, em verdade a quase certeza de que se tratava de uma sociedade que por largo espaço de tempo conviveu com o aborto sem se escandalizar e sem puni-lo, ou, no máximo, com punições mínimas.

Catagórico, Geoffrey Stone afirma que “no século XVIII e início do XIX não havia leis proibindo a contracepção ou o aborto antes do feto demonstrar sinais de vida” (STONE, 2017, p. 180, tradução nossa)<sup>11</sup>. Ele admite, entretanto, que se desconhece a “extensão precisa” de como a população utilizava métodos contraceptivos ou abortivos nessa época, contudo, era possível inferir o aumento do controle de natalidade, considerado a taxa de crescimento populacional do período, em que se registrou uma queda acentuada de 1800 a 1900 ((STONE, 2017, p. 180). Por volta da metade do século XVIII, 1840 para ser mais preciso, o aborto crescia nas áreas urbanas e dele faziam uso mulheres casadas, da classe média e de classe mais alta, e a sociedade começava a perceber que não se tratava de coisa de “prostitutas” ou “recurso de desesperadas” (STONE, 2017, p. 181), estigma que acompanhava umas e outras.

Ainda com o relato de Geoffrey Stone (2017), o uso de contraceptivos e o aborto se consolidaram - por volta de 1850 - “como práticas legítimas e moralmente aceitas”, para “manter e melhorar o bem estar econômico das famílias”, bem como atender as preocupações dos que acreditavam nas projeções do economista britânico Thomas Robert Malthus, a respeito da

10 No original: *Abortion continued to be an important method of birth control, particularly for working-class, married women like Collins. Early-twentieth-century women's use of abortion was part of a long tradition among women to control and limit their childbearing.*

11 No original: *In the eighteenth and early nineteenth centuries, there were no laws prohibiting either contraception or abortion before quickening.*

equação aumento populacional, fome e declínio social (STONE, 2017, p. 180-181). Duas décadas depois, em 1870, aproximadamente vinte por cento das mulheres terminavam precocemente a gravidez mediante aborto. A partir desse momento “os moralistas começaram a se mover” (STONE, 2017, p. 181) contra essas práticas.

O moralismo a que se refere Stone caminhou de mãos dadas com a religião, retroalimentaram-se. Um pouco antes<sup>12</sup>, por volta de 1820, os Estados Unidos encontravam-se engolfados numa espécie de renascimento do movimento religioso, que inclusive tem nome bastante sugestivo, *Second Great Awakening* (segundo grande despertar) movimento que “infundiu na política americana o fanatismo do milenarismo: seus mais ardentes convertidos acreditavam que estavam à beira de eliminar o pecado da palavra que tornaria possível a Segunda Vinda de Cristo” (...) (LEPORE, 2019, p. 190) que chegaria “em menos de três meses”, mas diferentemente da primeira vinda, agora (século XIX), ele não se dirigiria “para as terras sagradas, para Belém ou Jerusalém,” mas para partes “industrializadas do país, como Cincinnati e Chicago, Detroit e Utica” (LEPORE, 2019, p. 190).

É justamente esse período que registra o crescimento do movimento conservador que mais tarde viria desembocar nas *Comstock Laws*, conjunto de normas (federal e estadual) que a pretexto de combater pornografia, prostituição e métodos anticoncepcionais, se constituíram em um amplo código de censura prévia que alcançou praticamente qualquer tipo de manifestação artística, além de conceder a seu mentor, Anthony Comstock, amplo poder de polícia quando do exercício do cargo de “agente especial” dos Correios dos Estados Unidos.

Os germes do movimento antiaborto se alimentaram e cresceram nesse ambiente que misturou o profundo sentimento religioso do início do século XIX com o “grande despertar” e posteriormente a *Comstock Era*, com o seu conhecido conservadorismo. É nesse cenário que o sentimento antiaborto cresce e se perpetua, com diferentes nuances, até os dias que correm.

Esse cenário permitiu que a Suprema Corte, pela segunda vez<sup>13</sup> no século XX, assumisse um protagonismo que John Marshall certamente jamais imaginou. A amplitude e insensatez das leis estaduais antiaborto, somados à inércia do legislador federal, conduziram a Corte ao julgamento do caso *Roe v. Wade*, já mencionado, e que a partir do item seguinte será objeto de considerações, especialmente o voto do juiz Harry Blackmun.

12 “Antes” tendo como referência os anos 1870 que Geoffrey Stone afirmou que “os moralistas começaram a se mover.”

13 A primeira foi em *Brown v. Board of Education*, 1954.



### 1.3. O voto do juiz Harry Blackmun

Harry Andrew Blackmun nasceu no Estado do Minnesota, graduou-se pela *Harvard Law School*, foi indicado à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo conservador Richard Nixon, tornou-se liberal com o passar do tempo e dois anos e meio depois de tomar posse como juiz do Tribunal mais importante do país, foi designado para elaborar o voto que expressou o sentimento da maioria em um dos casos mais relevantes da História da Suprema Corte, e certamente o que promoveu maior divisão, mais até que *Brown v. Board of Education*, contestado mais no sul profundo e por bolsões no resto do país.

O caso *Roe v. Wade* o transformaria, aos olhos de todos, em um juiz liberal, e para além de marcar sua trajetória na Suprema Corte, haveria de definir sua vida como jurista que rompeu com o que pareceria impossível.

Mergulhando diretamente no voto, o primeiro parágrafo acolhe o registro da semelhança entre “os estatutos normativos do Texas” que eram, no que concerne à criminalização da prática do aborto, “típicos daqueles que estão em vigor em muitos estados há aproximadamente um século” (EUA, 1973, p. 116, tradução nossa)<sup>14</sup>. Em seguida ele afirma reconhecer a “natureza sensível e emocional da controvérsia do aborto, das vigorosas opiniões opostas, mesmo entre os médicos, e das convicções profundas e aparentemente absolutas que o assunto inspira” (EUA, 1973, p. 116). Continua e sublinha que a “filosofia de uma pessoa, suas experiências, sua exposição às arestas cruas da existência humana, seu treinamento religioso, suas atitudes em relação à vida e à família e seus valores e os padrões morais que ela estabelece” tudo isso, pouco mais, pouco menos, “provavelmente influenciará e colorirá a vida de alguém. pensamentos e conclusões sobre o aborto” (EUA, 1973, p. 116).

Sobre a “natureza sensível e emocional” do aborto, a “filosofia” da pessoa, a influência familiar, os “valores e os padrões morais”, não há o que se contestar. A interrupção de uma vida em potencial, as dificuldades e o fardo imposto à mulher grávida e futura mãe de uma criança que ela não planejou ter e não quer ter, pode, como lembra John Hart Ely, “arruinar a vida de uma mulher” (ELY, 1973, p. 923, tradução nossa)<sup>15</sup>.

Ainda com relação aos primeiros parágrafos do voto do juiz Blackmun, é curioso que no terceiro, o mais curto dos três, ele tenha se referido diretamente ao “crescimento populacional”, como um fator que, entre outros, tende “a complicar e não a simplificar o problema.” Aqui encontra-se presente a crença, muito comum no século XX, que o mundo caminhava para uma explosão populacional. Em 1974, portanto um ano depois da decisão de Roe, ficou

14 No original: *The Texas statutes under attack here are typical of those that have been in effect in many States for approximately a century.*

15 No original: *Having an unwanted child can go a long way toward ruining a woman's life.*

pronto um relatório (“Memorando sobre Estudo de Segurança Nacional”) (EUA, 1974) encomendado pelo governo dos Estados Unidos, cujo subtítulo ajuda a entender o registro de Blackmun sobre “crescimento populacional” e suas consequências: “implicações do crescimento populacional para a segurança dos Estados Unidos”. Embora o documento fosse sigiloso é provável que alguns integrantes da alta administração tenha tido informações sobre sua elaboração<sup>16</sup> e mesmo que não tivesse o temor do crescimento populacional era algo presente nessa época. De modo que Blackmun ao se referir ao tema provavelmente estivesse sopesando o aborto também como um elemento de controle populacional, sem, contudo, atribuir ao controle populacional elemento preponderante para sua decisão.

### 1.3.1. Interpretação “sem predileção”

Após o registro sobre as questões “sensíveis”, “sociais” e “familiares” - entre outras - que cercam o tema, Blackmun, de imediato assinalou que a tarefa dos juízes da Corte “é resolver a questão pela medida constitucional, livre de emoção e de predileção.” Disse que a Corte “procurava sinceramente fazer isso”, e ao fazê-lo ela “investigava” e “neste voto” os juízes colocavam<sup>17</sup> “ênfase na história médica e médico-legal e o que essa história revela sobre as atitudes do homem em relação ao procedimento de aborto ao longo dos séculos” (EUA, 1973, p. 117).

Em reforço à postura de distanciamento de opções pessoais na interpretação constitucional, Blackmun tratou de invocar Oliver Wendell Holmes Jr., especificamente uma passagem sempre lembrada do jurista de Massachusetts no voto dissidente em *Lochner v. New York* (EUA, 1905). Ao fazê-lo optou por transcrever metade do parágrafo original, suprimindo a parte em que Holmes se referiu à 14<sup>a</sup> Emenda ao afirmar que “uma constituição não pretende incorporar uma teoria econômica particular, seja de paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado ou de *laissez faire*” (EUA, 1905, p. 75-76). Em seguida completou<sup>18</sup> que ela “é feita para pessoas com pontos de vista fundamentalmente diferentes, e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares ou novas e até mesmo chocantes não deve concluir nosso julgamento sobre a questão de saber se os estatutos que os incorporam conflitam com a Constituição dos Estados Unidos” (EUA, 1973, p. 117).

Comentando essa passagem, Felix Frankfurter observa que o juiz Holmes “reconhece que a atividade estatal significa necessariamente

16 O Relatório Kissinger foi objeto de comentários quando da análise do caso *Griswold v. Connecticut*.

17 Refere-se ao voto que ele estava a revelar. A referência aos “juízes” é porque o voto exprimia o entendimento da maioria, *in casu*, sete dos nove juízes que compõem a Corte.

18 A partir daqui a transcrição integra o voto de Blackmun.

experimentação; e enquanto a própria essência das limitações constitucionais é limitar a área de experimentação, as limitações não são autodefinidas” (...) e que a constatação sobre “limitações deve ser, como recentemente colocado pelo Juiz McKenna”<sup>19</sup>, mediante “um julgamento da experiência em oposição a um julgamento da especulação” (FRANKFURTER, 1916, p. 692).

O prestígio e o equilíbrio de Oliver Holmes parecem cair bem em um caso controverso com Roe, especialmente porque Holmes é a quintessência do realismo jurídico. Por sinal, o jurista que serviu na Guerra Civil norte-americana foi mencionado tanto no voto vencedor quanto em um dos vencidos, de autoria do juiz William Rehnquist, que afirmou ter a maioria o lido de forma equivocada.

### 1.3.2. O Código Penal do Texas, Jane Roe e a *class action*

O que interessava à Corte, disse Blackmun, sem ardoes, eram os artigos 1191-1194 e 1196 do Código Penal do Estado do Texas. Foram eles que restaram impugnados pela ação ajuizada por Roe na Corte Distrital em Dallas e que chegou ao Tribunal Supremo via recurso. Os artigos diziam ser crime “procurar um aborto” ou “tentar fazê-lo, exceto no que diz respeito a ‘um aborto obtido ou tentado por orientação médica com o objetivo de salvar a vida da mãe’” (EUA, 1973, p. 117-118). Registrou, ainda, que “Estatutos semelhantes existem na maioria dos Estados” (EUA, 1973, p. 118) e que a legislação impugnada datava de 1854, listando as modificações posteriores até à mais recente, em 1911, data da decisão.

Sobre Roe disse tratar-se de mulher “solteira” e que alegava encontrar-se grávida e com o desejo de “interromper a gravidez por meio de um aborto “realizado por um médico competente e licenciado, em condições clínicas seguras”, argumentando, ainda, que “os estatutos do Texas eram inconstitucionalmente vagos e que restringiam seu direito à privacidade pessoal, protegido pela Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas.” Acrescentou que a ação ajuizada por Roe era “em nome dela e de todas as outras mulheres” em situação semelhante” (EUA, 1973, p. 120).

O pedido, ao englobar “todas as outras mulheres”, enveredava por aquilo que o direito norte-americano já conhecia desde o século XIX, mas que tomou feições mais claras e passou a se desenvolver a partir da década de 1960 como *class action*, “uma ação de natureza especial” em que o autor, a depender das circunstâncias fáticas, pode ajuizar a ação em nome de “centenas, milhares, ou mesmo milhões de pessoas” (FITZPATRICK, 2019, p. 7), que, em caso positivo, serão beneficiadas por uma única decisão, ainda que não apareçam listadas na ação, como diretamente interessadas.

<sup>19</sup> Frankfurter se refere a Joseph McKenna, *Associate Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1898 a 1925. Cf. HALL; ELY JR., 2009, p. 625-627).

O fato de Roe ter proposto a ação coletiva não significa que o juiz de primeiro grau estava obrigado a aceitá-la. Seu processamento depende do juiz que a recebe, ela é “controlada pela Corte”, no dizer de Volkomer (1994, p. 88). Ele pode indeferi-la como tal e ela continua como uma ação comum (*regular civil action*). É o que poderia ter acontecido com a ação proposta por Jane Roe. Não depende de acordo das partes, mas da palavra última do juiz (VOLKOMER, 1994, p. 88).

### 1.3.3. Direito à privacidade

O “direito à privacidade” ocupou espaço generoso no voto. Trata-se de engenhosa construção do juiz William Douglas ao elaborar o voto principal (opinião da Corte) no caso *Griswold v. Connecticut*, julgado menos de uma década antes de *Roe*.

A primeira linha dedicada ao tema acolhe uma declaração verdadeira e que simultaneamente prima pela objetividade. Diz que “a Constituição não menciona explicitamente nenhum direito à privacidade”. Entretanto, assinala que “uma linha de decisões, (...) remontando talvez” a um caso julgado em 1891 (EUA, 1981), “a Corte reconheceu que o direito à privacidade pessoal ou a garantia de certas áreas ou zonas de privacidade, existe de acordo com a Constituição” (EUA, 1973, p. 152, tradução nossa)<sup>20</sup>. Lista em seguida uma série de decisões da Corte e manifestações de “juízes individuais” que, “em contextos variados”, “encontraram, de fato, pelo menos as raízes desse direito” na Primeira Emenda, em 1969 (EUA, 1969); na Quarta e Quinta Emendas, em 1968 (EUA, 1968, p. 8-9), 1967 (EUA, 1967), 1886 (EUA, 1886) e 1928 (EUA, 1928); “nas penumbras do Bill of Rights”, 1965 (EUA, 1965, p. 484-485); na Nona Emenda, (EUA, 1965, p. 486); e “no conceito de liberdade garantido pela primeira seção da Décima Quarta Emenda” (EUA, 1923).

O inventário de ações julgadas pela Suprema Corte ou objeto de voto por um de seus integrantes relacionadas “às raízes” do direito à privacidade não se esgota nas mencionadas acima, ele tem seguimento e parece-nos razoável reproduzi-la aqui, ao menos para propiciar uma noção da amplitude do conceito, adaptável a situações das mais diversas. Essas decisões (Blackmun se refere às citadas acima e as demais que ele passa a elencar) “deixam claro que apenas os direitos pessoais podem ser considerados ‘fundamentais’ ou ‘implícitos no conceito de liberdade ordenada’, citando *Palco v. Connecticut* (EUA, 1937), e, desse modo, podem ser incluídos no âmbito da “garantia de privacidade pessoal” (EUA, 1973, p. 152). Disse mais (EUA, 1973, p. 152,

<sup>20</sup> No original: *the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution.*

tradução nossa),<sup>21</sup> que igualmente deixam claro que o direito (à privacidade) “tem alguma extensão para atividades relacionadas ao casamento” (EUA, 1967), “procriação (EUA, 1942), contracepção (EUA, 1972), relações familiares (EUA, 1944), e criação e educação infantil (EUA, 1925).

Para Blackmun era indiferente que o direito à privacidade fosse fundamentado “no conceito de liberdade pessoal e restrições à ação do Estado da Décima Quarta Emenda,” ou “na reserva de direitos assegurada na Nona Emenda”; em qualquer das duas hipóteses ele se apresentava “amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher de interromper ou não a gravidez” (EUA, 1973, p. 153, tradução nossa)<sup>22</sup>.

A Corte Distrital, autora da decisão que estava sendo revista na Suprema Corte, preferia enquadrar o aborto no âmbito da Nona Emenda. Blackmun particularmente entendia que o melhor amparo ao direito era aquele assegurado pela cláusula do Devido Processo Legal, agasalhada na Décima Quarta Emenda. Essa Emenda é de 1868, considerada uma das mais importantes alterações no Texto Constitucional dos Estados Unidos, concebida principalmente para proteger e garantir cidadania plena<sup>23</sup> aos ex-escravos diante da resistência de alguns Estados (especialmente os que se rebelaram contra a União e causaram a Guerra Civil) e que acolhe no seu texto a Cláusula da cidadania plena, do Devido Processo Legal e da Igualdade, entre outras.

Pragmático, apontou para o “evidente prejuízo que o Estado imporia à gestante ao negar totalmente” a escolha do aborto. A negativa imporia “danos específicos e diretos clinicamente diagnosticáveis, mesmo no início da gravidez”. Afirmou que “a maternidade, ou filhos adicionais, podem impor à mulher uma vida e um futuro angustiantes.”, além da possibilidade de comprometimento “psicológicos iminentes”, bem a probabilidade de afetar “a saúde mental e física (...) pelo cuidado da criança” (EUA, 1973, p. 153).

Rechaçou-, em seguida, o argumento do “recorrente e alguns amici” no sentido de que “o direito da mulher é absoluto” e que ela pode “interromper sua gravidez a qualquer momento, de qualquer maneira e por qualquer motivo que ela escolher.” Foi claro e direto: “Com isso não concordamos” (EUA, 1973, p. 153).

Lembrou que a Corte tinha precedentes (não os listou) que a par de reconhecer “o direito à privacidade também reconhecem que algumas

21 No original: *They also make it clear that the right has some extension to activities relating to.*

22 No original: *This right of privacy (...) is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.*

23 Formalmente pode-se dizer que ela garantiu. Mas a dinâmica histórica impôs dificuldades enormes aos afrodescendentes. A reação de alguns Estados do sul (não só eles, mas principalmente eles) ao fim da escravidão ficou conhecida como *Jim Crow Laws*, conjunto de normas segregacionistas que procuraram manter uma espécie de escravidão material. Antes mesmo de a Suprema Corte se pronunciar em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) já haviam decisões judiciais de órgãos inferiores apontando para a legalidade de escolas separadas entre brancos e negros. Em 1877, em New Orleans, o juiz William B. Woods decidiu “em três parágrafos” que não havia contrariedade à XIV Emenda. Um pouco antes em São Francisco na Califórnia, igualmente decisão judicial com idêntico entendimento. Cf. (TRONS, 2002, p. 99-101).

regulamentações estaduais em áreas protegidas por esse direito são apropriadas.” Assim, “em algum momento da gravidez,” afigurava-se “suficientemente convincente” sustentar “a regulamentação dos fatores que governam a decisão do aborto. O direito de privacidade envolvido, portanto, não pode ser considerado absoluto” (EUA, 1973, p. 154). Inclusive, a Corte, no passado, “recusou-se a reconhecer um direito ilimitado” dessa natureza<sup>24</sup>.

#### **1.3.4. Blackmun, Posner e Scalia: consequencialismo, “pragmatismo jurídico, voltado para o futuro” e supremacia do originalismo**

A exegese que Harry Blackmun imprimiu nessa parte do voto foi no sentido de considerar o impacto da legislação proibitiva do aborto sobre a vida da mulher grávida, obrigada pelo Estado a ter um filho indesejado. Os argumentos - que integram a decisão - têm fundamento e conexão com a realidade de gravidez não planejadas. São pragmáticos porque afastam consequências potencialmente nefastas contra quem é negado o direito de decidir sobre o seu próprio corpo. A decisão lista e minudencia dificuldades que a grávida enfrentará após o parto, pondera o problema e resta por concluir, pragmaticamente, que as consequências se estendem no campo psicológico, econômico, afetivo, familiar.

*Roe v. Wade* revela uma preocupação da Corte Suprema, e de Blackmun em particular, que transcende o texto frio das leis proibitivas do aborto e aponta, como dito, para uma solução prática, um consequencialismo responsável da decisão. De modo que é inevitável relacionar essa parte do voto com a doutrina de Richard Posner, especialmente sua obra de referência sobre o tema “pragmatismo, direito e democracia”. Para o professor de Direito da Universidade de Chicago “o pragmatismo jurídico é voltado para o futuro. O formalismo é retrospectivo, fundamentando a legitimidade de uma decisão judicial em ser dedutível de uma regra ou princípio previamente estabelecido” (POSNER, 2003, p. 71). O que se adequa bem ao caso *Roe v. Wade*, em que se descortina um “pragmatismo jurídico é voltado para o futuro”, para o futuro da mulher que não deseja, por razões várias, ter um filho.

Para satisfazer “o formalista”, no dizer de Posner, “a decisão deve ter pedigree”, o que se configura numa “abordagem que dá ao passado poder sobre o presente.” Em seguida ele explica que “o pragmatista valoriza a continuidade com atos e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, não porque ele tenha um senso de dever para com o passado” (POSNER, 2003, p. 71).

<sup>24</sup> Foram eles: *Jacobson v. Massachusetts*, 1905 (vacinação); *Buck v. Bell*, 1927 (esterilização).

A fraseologia posneriana as vezes é cruel, um simples exercício de retórica, mas também é - na maioria das vezes - irretocavelmente verdadeira e deliciosa de se ler e ouvir. Afirmar que para “satisfazer o formalista, a decisão deve ter pedigree”; é perfeito. E o complemento igualmente calibrado e irresponsável, quando afirma que essa abordagem (a do pedigree) “dá ao passado poder sobre o presente.” É evidente que nem sempre o passado tem ou deve ter “poder” sobre o presente, até porque o passado é importante e por isso que se tem uma interpretação histórica do direito, e ele próprio reconhece isso, contudo, a frase merece reflexão, especialmente para os originalistas, e a insistência, não raro descabida, da defesa do passado como único via interpretativa da Constituição, a exemplo de Antonin Scalia invocando Blackstone, ao dizer que o juiz e político inglês “deixou bem claro” a supremacia do originalismo, (SCALIA; GARNER, 2012, p. 404)<sup>25</sup> de modo que os “defensores da evolução do significado em textos legais não podem apontar nenhum comentarista contemporâneo que discordasse dele”.

O que é a “supremacia do originalismo”, ou o “governo do significado original” senão a exigência de “pedigree na decisão”, ou a tentativa de dar “ao passado poder sobre o presente”? De modo que a crítica de Posner ao originalismo é adequada, embora não se possa e não se deva descartar por completo a importância da história na tomada de decisão, como Scalia faz ao desconsiderar a doutrina da evolução constitucional. Sem lhe atribuir qualquer tipo de valor.

Ainda com Posner, com Blackmun e com o pragmatismo, há uma outra passagem no livro “Direito, Pragmatismo e Democracia”, que tem estreita relação com o caso *Roe v. Wade*. O autor do polêmico *Sex and Reason* (1992), observou que vem afirmando “que os juizes americanos tendem a ser pragmáticos” e pode-se inclusive “pensar que até *Roe v. Wade* é uma decisão pragmática”, provavelmente, segundo ele, “baseada na ponderação das consequências dos resultados alternativos.” Mas ele enxergava alguns defeitos na decisão, relativos à natalidade (dando a entender que a prejudicaria), “às práticas sexuais, sem falar nas consequências teológicas e outras morais do feticídio”. Ele reconhecia, porém que elas “talvez fossem especulativas demais para serem consideradas”. Posner não se demora muito em analisar *Roe* e conclui asseverando que “o pragmatismo da Corte era unilateral”, sinalizando discordância da decisão afirmou que “devemos ter cuidado ao usar “pragmático” como um elogio. Existem decisões pragmáticas ruins, assim como boas” (POSNER, 2003, p. 125).

A alegação de que o feto é uma “pessoa”, nos termos da Décima Quarta Emenda, não encontrou ressonância na Corte. Isso porque “a Constituição não define ‘pessoa’” com essa conotação. “A Décima Quarta Emenda

---

25 Nas palavras dele, “o significado original governava”.

contém três referências à ‘pessoa’ (EUA, 1973, p. 157). Que vão desde “definir ‘cidadãos’”, quanto “pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos”. A palavra também é contemplada “tanto na Cláusula do devido processo quanto na Cláusula de proteção igualitária,” bem como para listar qualificações para “Deputados, Senadores, Presidente da República”, entre outras. A Constituição, entretanto, só se refere a pessoa “após o nascimento”. “Nenhum indica, com certeza, que tenha alguma aplicação pré-natal possível” (EUA, 1973, p. 157). E por “tudo isso”, e com a “observação, supra, de que durante a maior parte do século XIX as práticas legais de aborto eram muito mais livres do que são hoje”, Blackmun se diz convencido de que a “palavra ‘pessoa’, conforme usada na Décima Quarta Emenda, não inclui o nascituro.” Esse entendimento estava “de acordo com os resultados alcançados nos poucos casos em que a questão foi apresentada de forma direta”, (EUA, 1973, p. 158) e nesse sentido ele lista várias decisões de tribunais inferiores que corroboravam o entendimento de que a Décima Quarta Emenda não incluía o nascituro.

Registrou, ainda, que “a gestante não pode ficar isolada em sua privacidade.” Por uma razão simples, “ela carrega um embrião e, posteriormente, um feto,” nos termos das “definições médicas (...) sobre o útero humano.” A essa altura do voto, Blackmun faz uma comparação com outros julgados da Suprema Corte relativos ao tema “direito à privacidade” e conclui que *Roe v. Wade* é fundamentalmente diferente de “intimidade conjugal, ou posse de material obsceno no quarto, ou casamento, ou procriação, ou educação”, situações enfrentadas, respectivamente em “Eisenstadt e Griswold, Stanley, Loving, Skinner e Pierce e Meyer” (EUA, 1973, p. 159)<sup>26</sup>. Nesse contexto, afigurava-se “razoável e apropriado que um Estado decida que em algum momento outro interesse, o da saúde da mãe ou da potencial vida humana, se torna significativamente envolvido”.

Rechaçou o argumento do Estado do Texas que “a vida começa na concepção e está presente durante toda a gravidez e que, portanto, o Estado tem um interesse imperioso em proteger essa vida desde e após a concepção”. Afirmou que o tema é de difícil solução, e, num misto de pragmatismo e humildade, afirmou que não era “preciso resolver a difícil questão de quando a vida começa”. Reiterou que quando “aqueles treinados nas respectivas disciplinas de medicina, filosofia e teologia são incapazes de chegar a qualquer consenso, o judiciário, neste ponto do desenvolvimento do conhecimento do homem, não está em posição de especular sobre a resposta” (EUA, 1973, p. 159). Conclui asseverando que “os nascituros nunca foram reconhecidos na lei como pessoas em sentido amplo” (EUA, 1973, p. 162). Ou seja, atribuiu aos apelados mera retórica e especulação sobre o início da vida humana.

---

26 Esses casos encontram-se mencionados mais acima.



Reconheceu o interesse do Estado, que o definiu como “importante e legítimo”, para a “saúde da mãe”. E esse interesse tinha um “ponto ‘obrigatório’”, à luz do conhecimento médico atual”, situando-se “aproximadamente no final do primeiro trimestre.” E a conclusão sobre o trimestre residia em um “fato médico agora estabelecido, que até o final do primeiro trimestre a mortalidade no aborto pode ser menor do que a mortalidade no parto normal”. Aqui ele aponta explicitamente para o “razoável”, afirmando que “a partir desse ponto, um Estado pode regulamentar o procedimento de aborto na medida em que o regulamento se relacione razoavelmente com a preservação e proteção da saúde materna” (EUA, 1973, p. 163).

Assim, o Estado poderia regular aspectos relevantes ao procedimento do aborto, como local onde ele deveria ser feito, condições para fazê-lo, se em hospital ou em clínica, entre outros regramentos.

A essa altura Blackmun indica se sentir autorizado a bater o primeiro prego com ares de definitividade sobre a lei do Texas proibitiva do aborto. E (palavras dele) ao “medir” o “art. 1.196 do Código Penal do Texas” contra os “padrões” que ele acabara de expor, o texto legal se apresentava “muito amplo”. Em outras palavras, por sua amplitude, e considerando tudo aqui que a Corte analisara e havia registrado na decisão, o art. 1.196 ultrapassava o razoável e abalroava valores constitucionais, como o direito à privacidade da grávida.

Em continuidade a Corte disse com todas as letras que considerando que a lei “não faz distinção entre abortos realizados no início da gravidez e aqueles realizados posteriormente, e limita a um único motivo, ‘salvar’ a vida da mãe,” a lei não se sustentava de pé, e por tudo o que já havia sido dito ao longo do processo ela afirmava que o ato normativo não reunia condições de “sobreviver ao ataque constitucional” (EUA, 1973, p. 164, tradução nossa)<sup>27</sup> promovido pela apelante.

Ao final, ressaltou que o entendimento da Corte era pela inconstitucionalidade do art. 1196 e que isso significava que as leis que disciplinavam o aborto no Texas, “como uma unidade, devem cair.”

Como se vê a constitucionalidade do aborto foi reconhecida, prevalecendo a tese do trimestre, sobre a qual o juiz Blackmun teceu longas considerações de ordem histórica. A regra trimestral não é estática, admite exceções que dizem respeito à vida da grávida ou à sua saúde. Há quem mesmo concordando com o direito ao aborto e com o resultado do julgamento em *Roe*, critique a regra e afirme tratar-se de “uma fórmula trimestral bastante complicada” (BALKIN, 2007, p. 341). Há aparente exagero de Balkin ao dizê-la “complicada”. Ela foi o resultado possível, razoável, fincada no common law, na história constitucional e no pragmatismo em busca de uma

---

27 No original: *The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here.*

solução viável e conforme o texto constitucional. Ademais, por largo espaço de tempo, beneficiou milhões de mulheres, que puderam viver melhor, sem a obrigatoriedade de dar a luz e cuidar de uma criança indesejada.

### 1.3.5. *Roe v. Wade* tem fundamento em ampla base constitucional

Harry Blackmun produziu um voto que transita entre a reverência à história e a coragem de entender possível lidar simultaneamente com o originalismo e a construção constitucional, ou a constituição viva (*living constitution*), ainda que não tenha explicitamente usado essa terminologia tão em voga no direito constitucional contemporâneo dos Estados Unidos.

Jack Balkin parece ter sido o primeiro a desfraldar essa abordagem presente em *Roe v. Wade*, e ao defendê-la o faz com autoridade. Primeiro é autor da frase que dá título à presente seção, segundo e mais importante ele advoga que a “cláusula de devido processo legal”, como originalmente entendida, tinha algum conteúdo substantivo” (BALKIN, 2007, p. 311) e recuando à Magna Carta ele assinala tratar-se de “um termo de arte considerado aproximadamente sinônimo da ideia de “lei da terra”. Reconhece que para outros o direito ao aborto seria aquele estabelecido como direito à privacidade com fundamento na “cláusula de devido processo legal”, tal como a Suprema Corte decidiu em *Roe*. E mais, que “mesmo que o direito ao aborto não seja um direito adquirido protegido sob a Cláusula do devido processo” (BALKIN, 2007, p. 312), ele certamente tem base constitucional no sentido original da Constituição ou dos princípios subjacentes ao texto.

Aqui um breve cotejo entre as posições de Jack Balkin e de Blackmun. O juiz afirmou ser irrelevante que o direito à privacidade fosse fundamentado “no conceito de liberdade pessoal e restrições à ação do Estado da Décima Quarta Emenda”, ou “na reserva de direitos assegurada na Nona Emenda”. Não importava o enquadramento, as duas hipóteses se apresentavam “amplas o suficiente para abranger a decisão da mulher de interromper ou não a gravidez” (EUA, 1973, p. 153).

Em outras palavras, o direito ao aborto tem sim base constitucional e Balkin oferece caminhos hermenêuticos para encontrá-lo, afastando a crítica originalista à decisão da Corte. Sua doutrina encontra ancoradouro, pelo menos na passagem acima, no voto de Blackmun.

Referindo-se especificamente a *Roe v. Wade*, diz ser possível conciliar o originalismo com a doutrina da evolução constitucional, da “constituição viva”, como se costuma chamar nos Estados Unidos. A alegação “frequente” de que *Roe* e o direito ao aborto são “um símbolo controverso de uma ‘constituição viva’, que se afasta do texto e da história da Constituição”, transmudando-se, na visão de seus críticos, apenas em uma opção “política

exercida pelo Judiciário”, é, em verdade, “um falso retrato refletindo uma falsa dicotomia entre a fidelidade ao texto constitucional e uma Constituição viva”.

Balkin, em seguida, fornece uma justificativa bastante razoável para o que ele chama de “falso retrato” e de “falsa dicotomia” entre originalismo e interpretação evolutiva, assinalando que “a Constituição, e particularmente a Décima Quarta Emenda, foi escrita com o futuro em mente. Seus redatores escolheram deliberadamente uma linguagem ampla, abrangendo princípios amplos de liberdade e igualdade” (BALKIN, 2007, p. 352).

Ou seja, a constituição viva, a hermenêutica fundada em princípios constitucionais, não está divorciada da aderência ao texto, à história constitucional, ao originalismo, porque a Constituição e a Emenda que serviram de inspiração para a decisão em *Roe*, foram escritas pensando no amanhã, propositadamente abertas, de modo que abordagens que parecem ser antagônicas podem conviver, como a Corte Suprema demonstrou com a decisão de 22 de janeiro de 1973.

## **2. HABEAS CORPUS 124.306, ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Quase meio século depois da decisão da Suprema Corte estadunidense, liberando o aborto, com restrições que ela própria estabelecera, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), julgou um habeas corpus (BRASIL, 2016), cujo objeto principal era o direito ao aborto, estabelecendo importante parâmetro na jurisprudência brasileira, muito embora despido de efeito vinculante.

A decisão, ancorada em voto vista do ministro Luís Roberto Barroso (LRB), expandiu o direito ao aborto mediante construção que por sua engenhosidade somente seria possível de se concretizar pela coragem e respeitabilidade do julgador perante seus pares.

O habeas corpus 124.306 é oriundo de uma ação ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 126 e 288 do Código Penal, contra profissionais de saúde e a própria gestante, em razão de aborto consentido. Em março de 2013 os impetrantes haviam sido presos em flagrante, obtendo em seguida liberdade provisória concedida pela Vara Criminal de Duque de Caxias (RJ), posteriormente cassada por decisão da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, restabeleceu a prisão dos acusados, o que motivou a impetração de HC perante o Supremo Tribunal Federal.

A Primeira Turma do STF, sob a Relatoria do ministro Marco Aurélio, não conheceu do HC, entretanto, o órgão fracionário concedeu a liminar de ofício, determinando a revogação da ordem de prisão. E o fez sob a

inspiração e o magistério do ministro Luís Roberto Barroso, que produziu um voto digno de figurar entre os mais importantes de sua trajetória como magistrado e de certo modo do tema aborto na Suprema Corte.

O voto começa por entender ausentes os requisitos “que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal” (BRASIL, 2016)<sup>28</sup>. Em seguida, e sem arroudeios, o voto ataca a criminalização do aborto, dizendo ser necessário “conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” (BRASIL, 2016).

Juiz atento e humanista convicto, a certa altura Barroso afirma que “a relevância e delicadeza da matéria justificam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais”, para em seguida arrematar que “a história da humanidade é a história da afirmação do indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso, sendo que este último procura conformar a moral social dominante” (BRASIL, 2016, p. 7). O ex-procurador do Estado do Rio de Janeiro afirma que “o produto deste embate milenar são os direitos fundamentais”, entendidos, no voto, “como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional” (BRASIL, 2016, p. 7).

Em sequência lembrou que após a Segunda Guerra Mundial “os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana,” como uma proposição do “imperativo categórico kantiano”, no sentido de que “toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos.” Conclui o raciocínio no sentido de que “dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia” (BRASIL, 2016, p. 7).

Reconhece que “direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanes e a restrições expressas” e que “a proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto”, ou seja, a complexidade do aborto dificulta, senão impede, que esses princípios de uso corrente na jurisprudência brasileira ofereçam solução para o tema, reconhecendo, porém, que “uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões” (BRASIL, 2016, p. 8).

A essa altura o ministro Barroso passa, em suas próprias palavras, da “teoria à prática”, dizendo ser “dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária

---

28 Voto do Min. Luís Roberto Barroso.

da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana.” O “pressuposto do argumento” por ele esgrimido é que a mulher encontra-se diante de uma decisão trágica (abortar), e nessa circunstância “não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente” (BRASIL, 2016, p. 8)<sup>29</sup>. Por coerência, sendo legítima a conduta da mulher, “não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza”.

Sobre o status jurídico do “embrião durante a fase inicial de gestação” lembra que há duas posições visceralmente antagônicas, a que defende a existência de vida desde a concepção, desde “que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células” e a outra que sustenta “que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência - o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação - não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno”.

Para essa controvérsia - completa Barroso - “não há solução jurídica”, que “dependerá sempre de uma escolha jurídica ou filosófica de cada um a respeito da vida”.

A observação acima, de todo verdadeira, dispara um gatilho para uma lista de direitos fundamentais violados pela criminalização do aborto, todos eles meticulosamente explicados pelo grande juiz brasileiro, numa sequência que alia objetividade, juridicidade e raro talento argumentativo, que juntos emolduram uma página marcante do direito brasileiro. Esses argumentos se estendem por sete páginas, com citações doutrinárias do direito estadunidense e alemão, entre outras, desaguando, em dado momento, no caso *Roe v Wade*, de onde ele extrai a citação que “o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto”.

“Em temas moralmente divisivos” - ressalta o ilustre juiz, já se aproximando da conclusão - “o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma”, ou seja, o Estado não deve tomar uma posição que conduza à exclusão de outra. Ele “precisa estar do lado de quem deseja ter o filho”, bem como, em outro giro, se posicionar igualmente ao lado dos que não desejam. Esse raciocínio, tal qual uma sentença de Posner, conduz a uma conclusão sábia, simples e pragmática: “por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um”.

A segregação racial nos Estados Unidos, aquela que contava com o beneplácito do Estado (EUA, 1896), foi sepultada por decisão da Suprema Corte, em *Brown v. Board of Education*. A proibição do aborto foi tornada insubsistente, com reservas, no julgado *Roe v. Wade*. As limitações ao uso de anticoncepcional foram afastadas em *Griswold v. Connecticut* (EUA, 1965).

---

29 Voto do Min. Luís Roberto Barroso.

Por sua vez o aborto no Brasil experimentou um novo patamar, mais próximo da razoabilidade com a decisão no habeas corpus oriundo do Rio de Janeiro.

É um voto histórico, corajoso, plural, que rompe paradigmas, valoriza o sexo feminino, recoloca o direito fundamental à livre escolha de onde ele nunca deveria ter saído, da vontade soberana da mulher.

## CONCLUSÃO

### Sincretismo constitucional estadunidense

Embora Blackmun não tenha citado Felix Frankfurter, a construção do seu voto, a citação a Holmes e o resultado do caso *Roe v. Wade*, parecem convergir, no sentido da “experiência em oposição à especulação”. Há dois outros aspectos no voto de Blackmun que conversam com a doutrina de Oliver Holmes: o realismo jurídico e o recuo histórico na tentativa, bem sucedida, de demonstrar que o aborto, com as limitações temporais devidas, encontrava, além de amparo constitucional, também na Common Law, de modo que sua proibição pura e simples, sem exceções, não se apresentava razoável e não possuía raízes na história legal da Inglaterra ou da América pré e pós Declaração de Independência.

A decisão em *Roe v. Wade* é uma mistura que desagua na evolução histórica da *common law*, do direito estadual codificado, na autonomia da mulher e no direito à privacidade, que decorre das penumbras que emanam do *Bill of Rights*. Blackmun certamente não leu Barak<sup>30</sup>, mas capturou tudo isso muito bem, o “contexto social e histórico” (BARAK, 2007, p. 161, tradução nossa) que influenciou o direito de então, no sentido de como as pessoas lidavam com o aborto e toleravam, dentro de certos parâmetros. “Uma norma jurídica é uma criatura de seu ambiente” (BARAK, 2007, p. 161, tradução nossa)<sup>31</sup>, e a interpretação anterior a *Roe v. Wade* parece que desconsiderava isso.

A linha histórica traçada sobre o aborto, por Harry Blackmun, em *Roe v. Wade*, pode até ser equivocada como afirmou **Samuel Alito, em Dobbs, mas ela a todas as luzes é honesta ao reconstruir o caminho** e demonstrar como o aborto era tratado na Inglaterra do século XIII, o seu desenvolvimento na *Common Law*, a “migração” para a América colonial e a partir daí a codificação que surgiria quando o século XIX dava seus últimos suspiros.

O texto do juiz Blackmun tem início, meio e fim. É coerente, não flerta com exageros, não alberga contradições e as conclusões são harmônicas com

30 Aharon Barak foi presidente da Suprema Corte de Israel de 1995 a 2006. É autor de um clássico, *Purposive Interpretation in law*.

31 No original: *We noted that a legal norm is a creature of its environment.*

o que foi narrado. Essa é uma das razões de o voto ter conquistado maioria na Suprema Corte de 1973 em um assunto tão polêmico quanto o aborto. Essa é uma das razões de ele ter se mantido de pé durante quase meio século.

A superação de *Roe v. Wade* por *Dobbs v. Jackson* diminui o brilho da primeira, isso não se pode negar. Para além de diminuir o brilho a alteração afeta direta e concretamente as mulheres, porque as envolve numa nuvem de incerteza, como se estivessem no período pré 1973. Mas ainda assim não desfaz a história de quase cinquenta anos, não apaga a relevância da decisão relatada pelo juiz Blackmun, não anula o benefício proporcionado a milhões de mulheres estadunidenses que puderam, durante “meio século”, ter controle sobre seu próprio corpo e serem (com algumas limitações de todo razoáveis) soberanas na decisão de manter ou não a gravidez.

Mais importante ainda, *Roe* continua servindo como inspiração à luta que se avizinha perene para manter o direito ao aborto nos Estados-membros em que a legislação permite; para reivindicar que legisladores estaduais repilam tentativa de implementar legislação restritiva ao direito um dia assegurado em *Roe v. Wade*, e finalmente, reverter *Dobbs*, na Suprema Corte, tarefa difícilíssima que depende de alteração legislativa ou da composição da Corte, ou, ainda, a implementação de uma lei federal inspirada em *Roe*, essa assim uma medida palpável, e que a Câmara dos Deputados conseguiu em 15 de julho de 2022 (menos de um mês após a decisão *Dobbs v. Jackson*), mas que não obteve êxito no Senado, em razão da maioria numericamente frágil dos Democratas, derrotados pelo bloqueio Republicano, conhecido como *filibuster*, polêmico recurso do processo legislativo na Câmara Alta dos Estados Unidos.

*Roe v. Wade* foi seriamente alvejado numa tarde de 24 de junho de 2022. Seis tiros certos, deflagrados pela ala conservadora da Corte que quarenta e nove anos antes o pariu. Ela foi partícipe da revolução cultural e social que entendeu constitucional o direito ao aborto. Ela foi partícipe da involução que o alvejou e sufocou. Ela, não o Legislativo ou o Executivo. Os tiros a deixaram quase que mortalmente ferida. *Roe v. Wade* respira com muita dificuldade e com a ajuda de aparelhos, mas continua a inspirar Estados e pessoas na grande nação ao norte do Rio Grande.

É a decisão que coroa um período particularmente ativo da Suprema Corte dos Estados Unidos, ou, no dizer de Jack Balkin, “a decisão canônica de uma era”, tal qual, a seu tempo, *Brown v. Board of Education*.

*Roe v. Wade* buscou fundamento histórico, flertou com o originalismo, ouviu a voz das ruas e usou o princípio constitucional (direito à privacidade) como âncora. É o exemplo perfeito e acabado do sincretismo constitucional estadunidense.

## Compromisso social, personalidade corajosa e libertária

O observador atento consegue identificar no voto do ministro Barroso, no mínimo, três qualidades extraordinárias. A erudição, a objetividade e, acima de tudo, a coragem para romper com (*sic*) “verdades” centenárias, sedimentadas em achismo, superstições e dogmas religiosos. Coragem de decidir favoravelmente à grávida que optou em não prosseguir com a gravidez e de abarcar na decisão, por óbvio, os que a auxiliaram. Coragem por não temer as reações de diversos segmentos da sociedade, algumas imprevisíveis.

O “voto-vista” do ministro Barroso no HC 124.306 revela um juiz destemido e comprometido com seu tempo, não com o do século XIX. Descortina um magistrado que conhece *Marbury v. Madison* (1803), e por conseguinte o papel do Judiciário, sua atribuição de responder à inércia legislativa e as necessidades sociais que caminham mais rápido que o tempo infinito do legislador.

A decisão em favor da constitucionalidade do aborto, com restrições, por si só não define o juiz Luís Roberto Barroso, mas ajuda a entender seu compromisso social e sua personalidade corajosa e libertária.

## REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M. Abortion and original meaning. *Constitutional Commentary*, Minnesota, v. 24, p. 291-351, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/432>. Acesso em: 29 set. 2023.

BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124.306*. Direito processual penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ELY, John Hart. The wages of crying wolf: a comment on Roe v. Wade. *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 5, p. 920-949, 1973.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 23 de junho de 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392/>. Acesso em: 20 ago. 2023.



ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Roe v. Wade*, 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 25 de maio de 1891. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/141/250/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Stanley v. Georgia*, 7 de abril de 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Terry v. Ohio*, 10 de junho de 1968. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Katz v. United States*, 18 de dezembro de 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Boyd v. United States*, 1 de fevereiro de 1886. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Olmstead v. United States*, 4 de junho de 1928. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Griswold v. Connecticut*, 496. 7 de junho de 1956. 484-485. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Meyer v. Nebraska*, 3 de junho de 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Palko v. Connecticut*, 5 de dezembro de 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lochner v. New York*, 16 de abril de 1905. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 12 de junho de 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Skinner v. Oklahoma*, 31 de maio de 1942. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Eisenstadt v. Baird*, 22 de março de 1972. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Prince v. Massachusetts*, 31 de Janeiro de 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Pierce v. Society of Sisters*, 31 de maio de 1925. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

FITZPATRICK, Brian T. *The conservative case for class actions*. Chicago: The University of Chicago Press, 2019.

FRANKFURTER, Felix. *The constitutional opinions of justice holmes*. Harvard Law Review, v. 29, n. 6, p. 683-702, 1916.

GORDON, Linda. *Woman's body, woman's right: birth control in America*. New York: Grossman Publishers, 1976.

HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

IRONS, Peter. Jim Crow's Children. *The Broken Promise of the Brown Decision*. New York: Penguin Books, 2002.

JOHNSON, John W. *Griswold v. Connecticut: birth control and the constitutional right of privacy*. Lawrence: University Press of Kansas, 2005.

KARNI, Annie. A democratic bill to protect abortion access fails in the Senate, squelching a bid to act before Roe is overturned. *The New York Times*, 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/live/2022/05/11/us/>

abortion-roe-v-wade-senate-vote#abortion-bill-blocked-senate. Acesso em: 12 maio 2022.

LEPORE, Jill. *These truths: a history of the United States of America*. New York: Norton, 2019.

McMILLEN, Sally G. *Seneca Falls and the origins of the Women's Rights Movement*. New York: Oxford University Press, 2008.

NASAW, David. *The patriarch: the remarkable life and turbulent times of Joseph P. Kennedy*. New York: Penguin, 2012.

NATIONAL SECURITY STUDY MEMORANDUM - NSSM 200. *Implications of worldwide population growth for U.S. security and overseas interests: the Kissinger report*. United States, 1974. Disponível em: [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PCAAB500.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PCAAB500.pdf). Acesso em 05 fev. 2022.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

REAGAN, Leslie J. *When abortion was a crime: women, medicine, and law in the United States, 1867-1973*. Oakland: University of California Press, 2022.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading law: the interpretation of legal texts*. Saint Paul: Thomson West, 2012.

SMITH, Mitch; GLUECK, Katie. Kansas votes to preserve abortion rights protections in its constitution. *The New York Times*, agosto 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/08/02/us/kansas-abortion-rights-vote.html#:~:text=on%20the%20Ballot-,Kansas%20Votes%20to%20Preserve%20Abortion%20Rights%20Protections%20in%20Its%20Constitution,legislators%20to%20enact%20abortion%20restrictions.&text=OVERLAND%20PARK%2C%20Kan.,-%E2%80%94%20Kansas%20voters%20resoundingly>. Acesso em: 02 set. 2022.

STONE, Geoffrey R. *Sex and the constitution: sex, religion, and law from America's origins to the twenty-first century*. New York: Liveright Publishing Corporation, 2017.

VOLKOMER, Walter E. *Introduction to law: a casebook*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1994.

WANG, Amy B; SCOTT, Eugene. House passes bills to codify abortion rights and ensure access. *The Washington Post*, julho, n. 15, 2022. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/07/15/house-abortion-roe-v-wade/>. Acesso em: jul. 22.

WAWRO, Gregory J.; SCHICKLER, Eric. *Filibuster: obstruction and lawmaking in the U.S. Senate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

WERBEL, Amy. *Lust on trial: censorship and the rise of american obscenity in the age of Anthony Comstock*. New York: Columbia University Press, 2018.

WOOLF, Virginia. *To the lighthouse*. Garden City: Dover Publications, 2022.