



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JULIA QUINTÃO FRADE

Constitucionalização do Direito ao Aborto:
Análise jurídica comparada de casos no Brasil e nos Estados Unidos

BRASÍLIA
2023

JULIA QUINTÃO FRADE

**Constitucionalização do Direito ao Aborto:
Análise jurídica comparada de casos no Brasil e nos Estados Unidos**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. M.e. Welliton Caixeta Maciel

BRASÍLIA

2023

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Fc Frade, Júlia Quintão
Constitucionalização do Direito ao Aborto: Análise
jurídica comparada de casos no Brasil e nos Estados Unidos /
Júlia Quintão Frade; orientador Welliton Caixeta Maciel. --
Brasília, 2023.
97 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2023.

1. Direitos Reprodutivos. 2. Aborto. 3.
Constitucionalização. 4. Brasil. 5. Estados Unidos. I.
Maciel, Welliton Caixeta, orient. II. Título.

JULIA QUINTÃO FRADE

**Constitucionalização do Direito ao Aborto:
Análise jurídica comparada de casos no Brasil e nos Estados Unidos**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. M.e. Welliton Caixeta Maciel

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.e. Welliton Caixeta Maciel - Orientador
FD/UnB

Profa. Dra. Ana Paula Antunes Martins – Membro
DGPP/FACE/UnB

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo – Membro
FD/UnB

Profa. Dra. Talita Tatiana Dias Rampin – Membro
FD/UnB

Profa. Dra. Fernanda de Carvalho Lage – Suplente
FD/UnB

BRASÍLIA

2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, aos meus pais que sempre foram os principais apoiadores do meu sonho universitário, seja pelos infindáveis incentivos aos estudos, pelas inspiradoras histórias de luta e companheirismo, pelos puxões de orelha, ou pelos colos nos momentos de estresse. Também às minhas irmãs, pelo carinho e por me mostrarem que sempre há um outro jeito de ver o mundo.

Ao meu professor orientador, M.e. Welliton Maciel, pela disponibilidade e apoio durante todo o processo de criação, redação e revisão deste Trabalho.

Sou grata também ao Prof. Dr. Juliano Zaiden que despertou minha paixão pelo direito constitucional comparado ao orientar meu projeto de iniciação científica e abrir tantas portas pelo Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC).

Às professoras integrantes da banca de qualificação, Dra. Ana Paula Antunes, Dra. Talita Rampin e Dra. Fernanda Lage, pelo tempo, pela leitura atenta do Trabalho e pelas contribuições essenciais.

À Universidade de Brasília, pelo acolhimento durante todos esses anos de graduação e pelas oportunidades que me permitiram crescer como profissional e como pessoa.

Aos amigos que fiz e que mantive durante o curso, por tornarem meus dias mais leves e os estudos mais divertidos.

Seria impossível escrever uma única página sem o apoio de todos vocês.

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão do aborto no Brasil a partir de uma perspectiva constitucional, com destaque para o papel do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir de uma abordagem qualitativa, foi realizada pesquisa exploratória de natureza documental (em legislação, doutrina e jurisprudência) com especial atenção para o julgamento do HC nº 124.306 e da ADPF nº 442. Visando lançar luzes sobre como o tema tem sido conduzido no ordenamento jurídico brasileiro, foram trazidos os casos *Roe v. Wade* (1973) e *Dobbs v. Jackson Who* (2022), ambos ocorridos nos Estados Unidos, observadas as diferenças sociais e institucionais, jurídicas e políticas, permitindo-se uma observação comparativa por contraste. Objetivou-se, portanto, compreender como a criminalização da interrupção voluntária da gravidez afeta a força normativa constitucional, enquanto fruto da relação entre direito e política, a partir do marco teórico do constitucionalismo simbólico. Nesse sentido, foi possível observar a articulação entre diferentes tipos de discursos (jurídicos, médicos etc.) em processos sistemáticos de justificação de violações a garantias constitucionais aos/às: direitos sexuais e reprodutivos femininos, autonomia da mulher, integridade física e psíquica da gestante, igualdade de gênero. Diante disto, no que pertine ao caso Brasileiro, reforça-se a centralidade do Supremo Tribunal Federal no debate ainda em curso no país sobre a constitucionalização do direito ao aborto e possíveis desdobramentos em diferentes esferas sociais.

Palavras-chave: Direitos Reprodutivos; Aborto; Constitucionalização; Brasil; Estados Unidos.

ABSTRACT

The paper addresses the issue of abortion in Brazil from a constitutional perspective, highlighting the role of the Federal Supreme Court (STF). Based on a qualitative approach, documentary exploratory research was carried out (in legislation, doctrine, and jurisprudence) with attention to the judgment of HC n° 124.306 and ADPF n° 442. To better understand the Brazilian legal system, the cases *Roe v. Wade* (1973) and *Dobbs v. Jackson Who* (2022), both taking place in the United States, were observed, such as the social and institutional, legal, and political differences, allowing a comparative observation by contrast. Thus, the objective is to comprehend how the criminalization of the voluntary interruption of pregnancy affects the normative constitutional force, as a result of the relationship between law and politics, based on the theoretical framework of symbolic constitutionalism. In this sense, it was possible to observe the articulation between different types of discourses (legal, medical, etc.) in systematic processes to justify the violation of constitutional guarantees to female sexual and reproductive rights, women's autonomy, physical and psychological integrity of pregnant women, and gender equality. Therefore, concerning the Brazilian case, the Federal Supreme Court is fundamental in the ongoing debate in the country on the constitutionalization of the right to abortion and possible developments in different social spheres.

Key-words: Reproductive rights; Abortion; Constitutionalization; Brazil; United States.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Projetos de Lei encontrados com a Palavra-Chave “Aborto” Propostos em 2022...	42
Gráfico 2: HC's no STF (1981-2022).....	54

LISTA DE SIGLAS/ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero
Art. – Artigo
CF – Constituição Federal
CPP – Código de Processo Penal
CRAVINAS - Prática em Direitos Humanos e Direitos Sexuais e Reprodutivos
DJ – Diário da Justiça
EC – Emenda Constitucional
EUA – Estados Unidos da América
HC – Habeas Corpus
MDB – Movimento Democrático Brasileiro
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança
PEC – Projeto de Emenda à Constituição
PL – Projeto de Lei
PNA - Pesquisa Nacional do Aborto
Rcl – Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SIH - Sistema de Informações Hospitalares
SIM - Sistemas de Informação sobre Mortalidade
SINASC - Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
U.S.C. – *Constitution of the United States*
WHO – *Women's Health Organization*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – O Aborto Como Problema Empírico e Teórico-Constitucional	12
1.1 DEBATES ACADÊMICOS SOBRE ABORTO NO BRASIL	12
1.1 A OPRESSÃO FEMININA E AS LUTAS DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS	16
1.3 DIREITO E POLÍTICA NA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	23
1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS	30
CAPÍTULO 2 – O Aborto sob a Ótica dos Sistemas Político e Jurídico	36
2.1 BREVE RELATO HISTÓRICO DA PRÁTICA	36
2.2 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO	39
2.3 O ABORTO NO GOVERNO BOLSONARO	43
2.4 DEBATES DURANTE AS ELEIÇÕES E TRATAMENTO DADO AO ABORTO NO PERÍODO DE TRANSIÇÃO PARA O GOVERNO LULA	48
2.5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	51
CAPÍTULO 3 – O Habeas Corpus 124.306, no Brasil, e o Caso Roe v. Wade, nos Estados Unidos	56
3.1 O INSTITUTO DO HABEAS CORPUS E A DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR	56
3.2 OS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DOS VOTOS VENCIDOS E VENCEDOR	59
3.3 O CASO AMERICANO (ROE V. WADE)	64
CAPÍTULO 4 - A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, no Brasil, e o Caso Dobbs v. Jackson Who, nos Estados Unidos	69
4.1 PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL E O INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR	69
4.2 A AUDIÊNCIA PÚBLICA E A PARTICIPAÇÃO DOS <i>AMICI CURIAE</i>	72
4.3 DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION (2022)	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

INTRODUÇÃO

A liberdade sexual e reprodutiva feminina é uma das principais pautas dos movimentos feministas, de maneira que a interrupção voluntária da gravidez, historicamente criminalizada, tem um papel central por ser entendida como um direito à autodeterminação da mulher sobre seu corpo e também um problema de saúde pública.

Estudar o tema, em 2023, é extremamente relevante e atual ante a crescente constitucionalização do direito ao aborto no mundo, sendo a recente mudança de entendimento da Suprema Corte norte-americana um importante gatilho para inovações jurisprudenciais e legislativas, despertando seus apoiadores e alarmando seus críticos para as possibilidades reais de retrocesso em outras partes do globo.

Nesse sentido, o presente trabalho aborda a questão do aborto no Brasil a partir de uma perspectiva constitucional, com destaque para o papel do Supremo Tribunal Federal (STF). Por meio de uma abordagem qualitativa, foi realizada pesquisa exploratória de natureza documental (em legislação, doutrina e jurisprudência) com especial atenção para o julgamento do HC nº 124.306 e da ADPF nº 442. Visando lançar luzes sobre como o tema tem sido conduzido no ordenamento jurídico brasileiro, foram trazidos os casos *Roe v. Wade* (1973) e *Dobbs v. Jackson Who* (2022)¹, ambos ocorridos nos Estados Unidos, observadas as diferenças sociais e institucionais, jurídicas e políticas, permitindo-se uma observação comparativa por contraste.

Objetivou-se, portanto, compreender como a criminalização da interrupção voluntária da gravidez afeta a força normativa constitucional, enquanto fruto da relação entre direito e política, a partir do marco teórico do constitucionalismo simbólico. Nesse sentido, observou-se a articulação entre diferentes tipos de discursos (jurídicos, médicos etc.) em processos sistemáticos de justificação de violações a garantias constitucionais aos/às: direitos sexuais e reprodutivos femininos, autonomia da mulher, integridade física e psíquica da gestante, igualdade de gênero.

Nesse contexto, adotou-se o marco teórico do constitucionalismo, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (LUHMANN, 1983) e as contribuições de Marcelo Neves sobre a perspectiva da modernidade periférica (NEVES, 2015), juntamente com o conceito de legislação e constituição simbólicas (NEVES, 1994).

¹ Os dois precedentes são fundamentais para compreender a questão do aborto nos Estados Unidos, pois foi a partir de *Roe v. Wade* (1973) se que reconheceu o direito constitucional à interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre de gestação. Por outro lado, o julgamento de *Dobbs v. WHO* (2022) modificou o precedente anterior para considerar que não há um direito constitucional ao aborto, cabendo aos estados regulamentar a prática.

No primeiro capítulo, foi realizada uma digressão acerca dos debates acadêmicos sobre a temática do aborto no Brasil, enfocando-se principalmente em pesquisas empíricas, sociológicas e criminológicas, mostrando como o presente trabalho se diferencia por seu enfoque constitucional. Além disso, ressaltou-se o papel e as lutas dos movimentos feministas, bem como alguns de seus principais referenciais teóricos, situando maior parcela do movimento feminista no Brasil e na América Latina como na chamada “corrente dos direitos” (SCAVONE, 2008, p. 675). Daí foram caracterizados o direito e a política como complexos sistemas sociais autopoieticos, autorreferentes e operacionalmente fechados, compostos por comunicação (LUHMANN, 1997). Faz-se também uma introdução sobre o papel do STF e os mecanismos de controle de constitucionalidade admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, buscou-se realizar um panorama do aborto sob a ótica dos sistemas político e jurídico, primeiro com um breve relato histórico da prática, remontando a sua criminalização no Brasil. Passou-se, então, ao tratamento dado à interrupção da gravidez no ordenamento jurídico, a atuação do poder legislativo, até às ações implementadas no governo Bolsonaro e na transição para o governo Lula. Por fim, o capítulo traz um resumo sobre os principais debates no âmbito jurídico, com destaque para as ações em curso ou já julgadas pelo STF.

O capítulo 4 se inicia com um resumo sobre os principais aspectos do instituto do habeas corpus para aprofundar na análise do HC nº 124.306 e dos fundamentos utilizados nos votos vencido, vencedor e concorrente. Compara-se ainda o HC à experiência norte-americana no julgamento do caso *Roe v. Wade* (1973) e os principais argumentos utilizados à época para declarar o direito constitucional ao aborto voluntário no primeiro trimestre de gestação.

O capítulo 5, por sua vez, adentra-se nos principais argumentos da petição inicial da ADPF nº 442, os pontos principais da audiência pública realizada em 2018, terminando também com uma comparação com o caso *Dobbs v. Jackson Who* (2022) que alterou o entendimento da Suprema Corte sobre o aborto, ao considerar que não há um direito constitucional ao aborto e cabe aos estados regularem a prática.

Diante disso, o tema escolhido é extremamente atual e relevante para compreender a questão do aborto, comparando as distintas visões às experiências jurídicas e sociais dos países selecionados, numa tentativa de entender como é possível lidar institucionalmente com um assunto complexo e polêmico, sem esquecer-nos da sua relação intrínseca com os direitos humanos e constitucionais.

CAPÍTULO 1 – O Aborto Como Problema Empírico e Teórico-Constitucional

1.1 DEBATES ACADÊMICOS SOBRE ABORTO NO BRASIL

Embora o debate acerca do aborto na sociedade ainda encontre entraves morais e religiosos, a pesquisa acadêmica acerca do assunto se encontra bastante madura, graças ao trabalho de sociólogas, antropólogas, criminólogas, cientistas políticas, profissionais da saúde e juristas comprometidas com a problematização e descrição das práticas do aborto no Brasil. Graças ao trabalho delas, foi possível centralizar a pauta nos direitos das mulheres e nos problemas sociais derivados da criminalização da prática, com especial ênfase para a crise sanitária e as falhas do sistema penal brasileiro.

Nesse sentido, é inegável a contribuição da pesquisadora Débora Diniz que, a partir de dados coletados em suas pesquisas empíricas inovadoras, sustentou a tese de que o “aborto é uma questão de saúde pública” e que o fenômeno deve ser enfrentado como uma “questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas” (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 12).

No dossiê “20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil”, publicado em 2009 pelo Ministério da Saúde, com a coordenação de pesquisa por Débora Diniz e Marilena Corrêa, colheu-se dados de 398 fontes com pesquisas empíricas sobre aborto no Brasil, a partir dos quais foi possível compreender o perfil das pessoas que abortam e a magnitude do aborto no Brasil.

Com relação ao perfil, seriam “predominantemente, mulheres entre 20 e 29 anos, em união estável, com até oito anos de estudo, trabalhadoras, católicas, com pelo menos um filho e usuárias de métodos contraceptivos, as quais abortam com misoprostol.” (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 14).

Além disso, estimou-se que, em 2005, teriam sido induzidos 1.054.242 abortos, com base em cálculo realizado a partir das internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde, ao qual se aplicou um multiplicador baseado na hipótese de que 20% das mulheres que induziram aborto foram hospitalizadas (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 14). Desse número, a maior parte dos procedimentos ocorreu no Nordeste e Sudeste, uma estimativa de taxa anual de aborto induzido de 2,07 por 100 mulheres entre 15 e 49 anos (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 14).

A maior dificuldade para o estudo do tema no Brasil é a dificuldade de acesso a dados fidedignos, bem como a omissão de muitas mulheres em questionários com perguntas diretas (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 14). A fim de auxiliar na criação desses dados, o estudo realizado

na década de 1990 comparou o método da urna e o das questões indiretas para a estimativa do aborto induzido em pesquisas de base populacional, chegando à conclusão de que, pelo método da urna, 7,2% relataram ter induzido pelo menos um aborto, enquanto foram constatados apenas 3,8% pelo método das perguntas indiretas (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 14).

Assim, em 2010, Débora Diniz, juntamente com Marcelo Medeiros, publicaram o artigo “Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna”, no qual foram apresentados os primeiros resultados da Pesquisa Nacional do Aborto (PNA). A pesquisa combinou as técnicas de urna e questionários preenchidos por entrevistadoras, com amostra representativa do Brasil urbano de mulheres com idades entre 18 e 39 anos (DINIZ; MEDEIROS, 2010). Dentre os resultados encontrados, apontou-se que mais de 20% das mulheres induziram pelo menos um aborto até o final da sua vida reprodutiva (DINIZ; MEDEIROS, 2010).

Em 2016, foi publicada a segunda PNA segundo a qual, embasando-se na mesma técnica de pesquisa, quase 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos, já realizou pelo menos um aborto, chegando à estimativa de aproximadamente 416 mil mulheres apenas em 2015 (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2016). Houve ainda uma variação dentro dos grupos sociais, com maior frequência do aborto entre mulheres de menor escolaridade, pretas, pardas e indígenas, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2016). Soma-se a isso que quase metade dessas mulheres precisou ser internada para finalizar o procedimento (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2016).

Utilizando-se dados públicos disponíveis para acesso nos diversos Sistemas de Informação - SIM (mortalidade), SINASC (nascidos vivos) e SIH (internação hospitalar), durante o período entre 2008 e 2015, ocorreram cerca de 200.000 internações por ano por procedimentos relacionados ao aborto, sendo cerca de 1.600 por razões médicas e legais (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020).

Importante rememorar ainda o “Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis” publicado em 2005 com a coordenação de Mônica Bara Maia, que analisou informações epidemiológicas a fim de traçar, de modo mais explícito, o quadro de morbimortalidade das brasileiras em decorrência do aborto inseguro no Brasil (MAIA, 2005, p. 7). Dentre as conclusões encontradas, apontou-se que as taxas de mortalidade por aborto apresentaram queda, mas permaneceram estáveis os números de Curetagens Pós-Aborto, chegando a 238 mil mulheres por ano (MAIA, 2005, p. 33). Além disso, foram analisados 89 casos de óbitos por aborto, identificando-se que “41,6% eram negras, 62,9% eram solteiras ou separadas, 60% trabalhavam como domésticas ou eram donas de casa, 73% tinham escolaridade inferior a 8 anos de estudo e 55% tinham menos de 29 anos de idade” (MAIA, 2005, p. 33).

A fim de trazer alguns dados mais recentes, apenas no primeiro semestre de 2020, o SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos, dentre eles abortos espontâneos e de origem incerta, contra os 1.024 abortos legais realizados em todo o país (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020).

No entanto, os dados sobre aborto no Brasil e suas complicações são incompletos, pois os dados assistenciais estão somente disponíveis para o setor público e dados de mortalidade dependem de investigação do óbito (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020). Segundo os pesquisadores, embora os dados oficiais de saúde não permitam uma estimativa do número de abortos no país, traçou-se um perfil de mulheres com maior risco de óbito por aborto: “as de cor preta e as indígenas, de baixa escolaridade, com menos de 14 e mais de 40 anos, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste, e sem companheiro” (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020).

Para além das pesquisas empíricas sobre o aborto, que colocaram em evidência a questão de saúde pública que envolve o tema, muitas pesquisadoras analisam a questão a partir de argumentos criminológicos e pela ótica da opressão feminina na sociedade.

Essa ótica se baseia muitas vezes na distância entre a criminalização e a ocorrência da prática na sociedade. Flávia Biroli, utilizando-se de conceitos de Mala Htun, compara a criminalização do aborto voluntário à proibição ao divórcio até 1977, por se distanciarem consideravelmente da realidade social do país (2016, p. 18).

O marco teórico da criminologia crítica, por sua vez, questiona o direito penal por inteiro, por entender que o discurso jurídico-penal é inegavelmente falso, uma vez que seus efeitos não guardam semelhança com os objetivos por ele proclamados (ZAFFARONI, 2001, p. 106). Isso porque, para o direito penal, quem praticou a conduta seria muito mais relevante que a prática da conduta em si, sendo determinante para o grau de zelo e eficiência na aplicação da pena, reservando-se apenas aos pobres e excluídos o rigor da lei (EMMERICK, 2007, p. 41).

Portanto, a tipificação de uma conduta como crime seria, antes de tudo, uma questão de política criminal, de modo que um determinado comportamento social passa ou deixa de ser crime de acordo com os interesses dominantes em diferentes momentos históricos (DORNELLES, 1998, p. 14). Em regra, seriam tipificados como crime os atos mais comumente praticados pelos seguimentos desprivilegiados da sociedade, pois os conceitos de ordem, desordem, crime e castigo são dinâmicos e construídos de acordo com os interesses políticos e econômicos da classe dominante (DORNELLES, 1998, p. 14).

No que se refere ao feminino, o controle social dá-se principalmente através do seu corpo, sexualidade e reprodução, de modo que a questão do aborto e sua criminalização se

inserir nessa conjuntura (EMMERICK, 2007, p. 52). Bergalli e Bordelón (1992, p. 58) apontam ainda que a transgressão penal vinda de uma mulher, por ser vista como inferior, não tem o mesmo significado que a transgressão de um indivíduo, pois é também um comportamento desviante das expectativas ou papéis sociais a elas atribuídos. Em suas palavras:

(...) o direito penal do século XIX reflete um mundo onde as mulheres são consideradas seres inferiores aos homens; que sua transgressão não se interpreta meramente como a transgressão de um indivíduo, mas sim como o comportamento que está transgredindo as expectativas ou papéis sociais atribuídos a seu gênero. (BERGALLI; BORDELÓN, 1992, p. 58)

Assim, para eles, a transgressão iria além de uma violação à norma jurídico-penal, por ser uma violação aos padrões de comportamento referentes àqueles aspectos estruturantes do gênero (BERGALLI; BORDELÓN, 1992, p. 58). A pena, então, teria uma função de reconduzir a mulher a um modelo de conduta baseado na castidade e na fidelidade sexual, mas ao mesmo tempo de fazer a condenada aprender o trabalho doméstico, considerado fundamental para absorver o papel feminino (BERGALLI; BORDELÓN, 1992, p. 58).

Lia Zanotta Machado (2017) também realizou importante contribuição para o debate sobre aborto ao demonstrar, a partir da análise de depoimentos de deputados e religiosos fundamentalistas, como eles capturam e distorcem os discursos jurídico e genético, disfarçando-os como discurso de direitos humanos e desqualificando as mulheres como menos sujeitos de direitos. Os movimentos feministas, então, se contrapõem a essa noção de que uma legislação deve corresponder ao que a população “opina”, uma “maioria religiosa”, em prol da pluralidade e do princípio de laicidade do Estado brasileiro, a fim de expandir os direitos fundamentais e as liberdades religiosas (MACHADO, 2017).

Os estudos da professora Lourdes Maria Bandeira também se destacam na produção acadêmica sobre o tema. Em artigo publicado em 2010, juntamente com Hildete Pereira de Melo, as autoras discutem sobre o caso brasileiro no que pertine à vivência da sexualidade e da reprodução, as fases dos movimentos feministas, desde o advento da pílula anticoncepcional, no início dos anos 1960, e a onda feminista que eclodiu na Europa e nos Estados Unidos, com reflexos na América Latina, África e Ásia (BANDEIRA; MELO, 2010).

Em artigo publicado em 2013, Lourdes Maria Bandeira e Tânia Mara Campos de Almeida discorrem sobre o debate do aborto nas eleições presidenciais de 2010, primeira que contou com uma candidata mulher. As autoras retratam a complexa relação entre religião, política, direitos reprodutivos e sexualidade e como o processo histórico do político se remodela

e encontra seu correlato na maneira em que os símbolos de identidade se ajustam à transformação da cultura ou ideologia de uma época (ALMEIDA; BANDEIRA, 2013).

Desse modo, nota-se como é farta a produção acadêmica no Brasil e no mundo acerca do aborto e dos direitos reprodutivos. Atualmente, conta-se também com inovações sobre a interseccionalidade da questão do aborto não somente a partir da ótica da opressão sofrida pelas mulheres, mas com recortes de raça², classe e transgeneridade³.

Importante citar também o papel fundamental de organizações como o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), primeira ONG voltada para a pesquisa, assessoramento e capacitação em Bioética na América Latina sob a direção de Ana América Gonçalves Silva, Debora Diniz, Fabiana Paranhos e Kátia Soares Braga, bem como o projeto clínico Cravinas (Prática em Direitos Humanos e Direitos Sexuais e Reprodutivos), registrado no Decanato de Extensão (DEX) da Universidade de Brasília (UnB), sob a orientação da professora Debora Diniz e do professor Juliano Zaiden, da Faculdade de Direito (FD). Ambos foram *amici curiae* em processos de controle de constitucionalidade abstrato em curso no STF e atuam regularmente por meio de ações judiciais, denúncias e outros atos judiciais e extrajudiciais, baseando-se na responsabilidade do Estado para pleitear a garantia dos direitos das mulheres e da participação democrática de defensoras e defensores de direitos humanos, além de divulgar informações sobre o tema baseadas em evidências científicas⁴.

O presente trabalho foi realizado em meio a esse contexto acadêmico e se apoia nas conclusões desses pesquisadores e pesquisadoras para tirar as próprias conclusões. Ao mesmo tempo, a discussão aqui elaborada se restringe ao aspecto constitucional, enquanto fruto da relação entre direito e política.

1.1 A OPRESSÃO FEMININA E AS LUTAS DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS

O feminismo, com diversas vertentes, pode ser definido pela construção de uma teoria crítica que vincula a submissão da mulher na esfera doméstica à sua exclusão na esfera pública

² “A despeito das polêmicas que envolvem o tema do aborto, o fato é que a intensiva criminalização da prática impacta consideravelmente a vida reprodutiva das mulheres negras. Isso porque o racismo e as relações patriarcais se articulam construindo um contexto específico de desigualdades, omissões e vulnerabilidade para mulheres negras e pobres que precisam recorrer ao aborto clandestino” (LIMA; CORDEIRO, 2020)

³ Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos em 2021 com 1694 pessoas capazes de engravidar de múltiplas identidades de gênero e orientação sexual, a fim de evidenciar lacunas e preferências de pessoas transgênero, não-binárias ou *gender-expansive* (MOSESON et al., 2020). Ainda são poucos os estudos publicados sobre o tema (MOSESON et al., 2020).

⁴ Para conhecer um pouco mais sobre as duas organizações, deixo aqui o link para o site do projeto clínico Cravinas (<https://projetcravinas.wordpress.com/sobre/>) e o Instagram do Anis (<https://www.instagram.com/anisbioetica/>).

e o faz combinando militância pela igualdade de gênero com pesquisa acadêmica em relação às causas e mecanismos de reprodução da dominação masculina (MIGUEL e BIROLI, 2014).

A grande pluralidade do movimento, representada pelas suas correntes com histórias, origens e motores próprios, reflete a diversidade das mulheres que o compuseram e compõem, apontando “não só para o alcance local e global da luta feminista, como para características que se constroem a partir dos lugares culturais, sociais e étnico-raciais de onde as mulheres falam” (MAIA, 2008, p. 141). Assim, “a luta pela legalização do aborto consiste numa luta feminista por excelência.” (MAIA, 2008, p. 141).

Segundo Jacqueline Pitanguy (1999, p. 26), em sua obra “O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos”, a história do movimento feminista está profundamente ligada ao debate sobre controle de população e planejamento familiar, por colocar na agenda política temas relacionados à saúde da mulher, como a autonomia sexual e reprodutiva, reivindicando uma atitude estatal coerente com esses princípios.

Para Scavone (2008, p. 675), a corrente majoritária do movimento feminista no Brasil e na América Latina seria a dos direitos, situando-se na linhagem do feminismo internacional do início dos anos 1970, o qual é favorável à liberação do aborto. Essa corrente pode ser caracterizada também por centrar-se nas lutas pelos direitos específicos das mulheres (saúde reprodutiva, sexualidade, educação, trabalho, violência e política), associando direitos humanos e sociais por considerar que as profundas desigualdades sociais distanciam o país das conquistas feministas de outros países desenvolvidos, identificando-se, portanto, com correntes políticas de esquerda (SCAVONE, 2008, p. 675). Diferencia-se, então, das correntes feministas que privilegiam a luta pela transformação do sistema patriarcal e/ou falocrático, ou daquelas que priorizam a luta contra heteronormatividade (SCAVONE, 2008, p. 675).

Assim, a partir da ideia de gênero, compreendido como a inexistência de fatos biológicos que não sejam mediados pela cultura, o feminismo denunciou que não há representação da diferença sexual sem as políticas culturais de representação, ou seja, independente dos significados dados anteriormente a essa diferença (MAIA, 2008, p. 142).

Outro aspecto importante para o feminismo desde os anos de 1960 e 1970 é vinculação entre vida privada e política (MAIA, 2008, p. 144). Nesse sentido, a esfera pública estaria baseada em princípios universais, na razão e na impessoalidade, enquanto a esfera privada era de caráter pessoal e íntimo (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 40).

Em sua obra “Política sexual” de 1970, Kate Millet foi uma das primeiras feministas a apresentar o patriarcado como uma instituição política, relacionando poder, dominação e atividade sexual (p. 9). Assim, o sexo seria para a feminista uma categoria social impregnada de

política, sendo a dominação sexual uma das ideologias mais presentes na política e perpetuada de forma perversa na construção de crenças de que as situações vivenciadas pelas mulheres são naturais (MILLET, 1970, p. 145).

Soma-se a isso como os estereótipos femininos são desvantajosos para as mulheres, atribuindo a elas papéis como dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares, de modo que comportamentos alheios a essa domesticidade feminina fossem considerados desviantes (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 40).

Daí que a preservação da esfera privada em relação à intervenção do Estado e do direito significou a manutenção das relações de autoridade que minaram a autonomia feminina, comprometendo a sua integridade individual em prol da entidade familiar (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 40).

Essa separação dualista entre público e privado permanece sendo reproduzida, em especial no direito, quando a esfera doméstica é tomada como dimensão das relações sociais às quais não são aplicáveis os princípios da justiça por serem formadas pelo afeto (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 41). Dentre os autores que perpetuam esse ideário, encontra-se Jürgen Habermas, ao definir a esfera pública como espaço em que se dá a discussão *entre iguais* (HABERMAS, 1984), sem considerar problemas relativos às desigualdades na esfera privada.

De acordo com Pateman (2020), o Estado Moderno, nascido da luta pela igualdade, liberdade e fraternidade, não excluiu as mulheres, mas reservou a elas o papel da não-cidadania, já que elas realizam funções fundamentais para a manutenção desse sistema. Por ser responsável pelos cuidados da vida, o papel da mulher no contrato sexual seria garantir a inserção bem-sucedida do homem no mundo público, exercendo atividades que consistiriam na construção das bases para essa inserção (MAIA, 2008, p. 149).

Nesse sentido, o direito é um dos instrumentos de dominação e a forma como ele é interpretado e aplicado reforça relações que seriam exclusivamente de dominação e soberania (FOUCAULT, 1991, p. 139-140). Logo, o direito institui legitimidade e cria procedimentos de submissão com base nas múltiplas relações de poder que se exercem no interior da sociedade, denominadas microfísica do poder (FOUCAULT, 1991, p. 140).

Por meio dessas análises de Foucault acerca da sexualidade e da sua relação com o poder chegamos à noção de dispositivos da sexualidade, englobando um conjunto heterogêneo de discursos, instituições, instalações arquitetônicas, normas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas (MAIA, 2008, p. 146). No interior do dispositivo da sexualidade gera a ideia de sexo, entendido como o “conceito matriz que serve de princípio de

inteligibilidade à multiplicidade de fenômenos que agrupa” (MAIA, 2008, p. 146). O sexo reúne, portanto, distintos elementos como “características anatômicas, funções biológicas, comportamentos, sensações, prazeres, o que é masculino e feminino” (MAIA, 2008, p. 147) e, assim, “permite o funcionamento de tal unidade fictícia como princípio causal, com um sentido onipresente” (MAIA, 2008, p. 147).

A partir disso, identifica-se a construção de “mecanismos disciplinares e regulamentadores articulados de forma diferenciada entre homens e mulheres, a fim de justificar os papéis e os discursos sociais hegemônicos erigidos sobre a ótica do masculino, com intuito de efetivar o controle sobre a sexualidade das mulheres e a reprodução.” (SOUZA, 2020).

Assim, segundo Foucault, o controle da sexualidade seria fundamental especialmente por, enquanto comportamento corporal, depender de um controle disciplinar e individualizado, além de que seus “efeitos procriadores” a deixariam na fronteira entre corpo e população (SOUZA, 2020).

Assim, ao contrário do que se retiraria da clássica separação da esfera do público e privado, o Estado exerce historicamente controle sobre o corpo das mulheres, “como forma de dominação, repressão e domesticação do feminino, articulando as esferas disciplinares e dominadoras através da ‘política do sexo’” (SOUZA, 2020).

Um exemplo bastante evidente da regulação sobre a sexualidade pelo direito civil brasileiro é o disposto no art. 1.523, II, do Código Civil atual, segundo o qual não devem se casar “a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal” (BRASIL, 2002). Além disso, a fidelidade recíproca se apresenta como o primeiro dever dos cônjuges no art. 1.566, I, do mesmo código (BRASIL, 2002).

Mesma origem possui a criminalização do aborto voluntário, proibido expressamente desde o Código Penal de 1830 (BITTENCOURT, 2022), punindo com prisão de um a cinco anos aquele causar aborto por qualquer meio com o consentimento da gestante, dobradas as penas caso cometido sem dito consentimento (BRASIL, 1830, art. 199).

Nota-se, portanto, a relação intrínseca entre essas relações de dominação e o direito, pois ele permite dar a elas a regulamentação e a legitimidade institucional necessárias a partir de uma justiça liberal que, por ser “fundada no valor da imparcialidade e da universalidade – não seria capaz de assimilar valores e perspectivas morais que teriam como fundamento as relações e os conflitos familiares.” (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 63). Assim, uma interpretação jurídica que leve em conta as críticas e o ideário feminista é frontalmente contrária às visões

positivistas do direito, pois ao invés de aplicar cegamente a letra da lei, ocupa-se em questionar a sua origem, sendo muitas vezes julgada como atécnica.

Os debates sobre a vivência e a sexualidade passaram a se apresentar publicamente no Brasil na década de 1980, embora já ocorressem no interior de grupos feministas, foram deixados de lado em muitas ocasiões ante as condições do país que exigiam uma busca por direitos civis e sociais negados pelo regime militar, mas também foram estrategicamente omitidos, “pois a esquerda via a questão como um tema burguês e a direita como uma ameaça à família” (MAIA, 2008, p. 154).

Após a redemocratização, viu-se um cenário mais favorável ao debate, com o fortalecimento dos movimentos sociais e a criação de partidos de esquerda, possibilitando, à medida que esses partidos foram ganhando espaço e vencendo eleições, que o Estado passasse a ser um novo ator que tornaria possível a institucionalização o movimento (MAIA, 2008, p. 154).

Apesar desse movimento se iniciar na Constituinte, infelizmente não houve qualquer inovação na base legal sobre o aborto, no entanto considera-se uma grande vitória do movimento que não constasse no texto da Constituição a expressão “garantir a vida desde a concepção” (MAIA, 2008, p. 154). Maria Isabel Baltar da Rocha também analisou a questão de forma similar:

De fato, com a redemocratização do país, houve mudanças a respeito da questão do aborto, mas mudanças sobretudo na visibilidade do tema, na participação de atores políticos e sociais e na ampliação do debate. Não houve modificações significativas na legislação, no entanto **conseguiu-se estabelecer normas técnicas e criar serviços que procuram garantir o acesso ao aborto previsto em lei e o atendimento das mulheres em situação de abortamento no âmbito do Poder Executivo.** (ROCHA, 2006, p. 374, grifos nossos)

Além disso, apontou que a tensão entre as tendências opostas no Congresso acaba por paralisar as decisões que envolvam mudanças legais, de modo que não se avança no âmbito legislativo, mas também não retrocede (ROCHA, 2006, p. 374). A fim de ilustrar esse cenário, ao analisar os projetos de lei sobre aborto em tramitação no Congresso Nacional compilados por Maia (2005), vê-se que dos 32 PL's analisados, quase 60% visavam a ampliação dos casos de aborto legal e/ou da assistência de saúde pós-abortamento (MAIA, 2005, p. 40-43).

Desde então, o movimento feminista teve importantes vitórias no Brasil, com a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340) e a Lei do Femicídio (13.104/2015), porém o aborto permanece regulado por um Código Penal de 1940, com seus principais debates e vitórias concentrados no Poder Judiciário (ROCHA, 2006, p. 374).

Em 2013, a ex-presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.845/13, popularmente conhecida como Lei do Minuto Seguinte, a partir da qual os hospitais da rede pública de saúde passaram a ser obrigados a dar suporte imediato e multidisciplinar, incluindo acompanhamento médico, social e psicológico, além do diagnóstico e do tratamento de lesões físicas. Determinou ainda o fornecimento de medicamentos para evitar gravidez e infecções sexualmente transmissíveis (BRASIL, 2013).

A Portaria 415/2014 do Ministério da Saúde incluiu o aborto por razões médicas e legais na Tabela de Procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS), atribuindo um valor a ser pago para os hospitais pelo procedimento (MATOSO, 2014). Pouco tempo depois, a portaria foi revogada pela Portaria 437/2014 do Ministério da Saúde, sem justificativa, logo após ser alvo de críticas pelos setores conservadores (MATOSO, 2014).

Apesar dos avanços, o debate político se tornou menos propício ao discurso feminista no Brasil desde a saída do Partido dos Trabalhadores (PT) do poder em 2016 e o crescimento da “direita radical” no país (SANTOS; TANSCHKEIT, 2019, p. 157).⁵

Esse retrocesso pode ser relacionado com o termo *backlash*, utilizado no âmbito das mobilizações sociais em referência a um “ ‘movimento resposta’ (frequentemente conservador) que se organiza e atua em oposição a um grupo ou pauta política (frequentemente progressista); em outros termos, um contra-ataque” (DANTAS; CARDOSO, 2020, p. 9).

Susan Faludi (2001), traz o termo *backlash* para o debate acerca dos direitos das mulheres, conceituando-o como uma retaliação que surge sempre que o movimento feminista consegue avançar na busca por igualdade, conquistando direitos na sociedade estadunidense, forçando as mulheres ao confinamento em contínuo ciclos de recomeço (FALUDI, 2001, p. 65). Sua associação surge de um contexto com uma série de ataques da mídia e de setores da sociedade estadunidense que julgavam o feminismo como causa de diversos problemas enfrentados pelas mulheres, desde a depressão às crises financeiras (FALUDI, 2001, p. 65).

Uma precisa representação gráfica dos progressos das mulheres na história pareceria uma espiral levemente inclinada para um lado, com seus círculos aproximando-se cada vez mais da linha da liberdade com o passar do tempo, mas - como uma curva matemática aproximando-se do infinito - nunca chegando lá. A mulher está presa nesta espiral assintótica, rodando sem fim de geração em geração, aproximando-se cada vez mais da sua meta, sem nunca chegar. Cada revolução promete ser "a revolução" que a livrará da órbita, que finalmente garantirá para ela justiça e dignidade plenas. A cada vez, porém, a curva volta atrás pouco antes da linha de chegada. A cada vez, a mulher ouve dizer que precisa esperar mais um pouco, que deve ter mais um pouco de paciência - ainda

⁵ Sobre esse assunto, checar também o gráfico "Projetos de Lei encontrados com a Palavra-Chave 'Aborto' Propostos em 2022" neste trabalho para ver como o posicionamento do Congresso sobre o tema se modificou, tornando-se mais contrário à ampliação do aborto.

não está bem na hora de dizer a sua fala. E pior, ela pode aprender a aceitar este forçado adiamento como se fosse escolha própria e até a orgulhar-se dele. (FALUDI, 2001, p. 65-66).

Assim, o “mito do *backlash*” (ou refluxo antifeminista) possuía um fim claro de gerar um clima hostil aos movimentos feministas, por meio de nexos causais distorcidos entre o feminismo e as crises enfrentadas, que criavam um sistema de retroalimentação entre as mulheres e os seus problemas (FALUDI, 2001, p. 67).

A partir disso, são criadas e extintas oportunidades políticas⁶, de modo que movimento e contramovimento passaram a moldar as oportunidades um do outro e criar estratégias com base nas atitudes do seu adversário (FALUDI, 2001, p. 67).

No caso brasileiro, a recente onda de *backlash*, derivaria das decisões favoráveis ao movimento feminista (com a ADPF nº 54, caso de aborto de fetos anencefálicos, e o HC nº 124.306, que liberou da pena privativa de liberdade profissionais de saúde que realizaram aborto com consentimento da gestante), bem como pelo debate levantado pela solicitação da ADPF 442, que visa a descriminalização do aborto eletivo (DANTAS; CARDOSO, 2020, p. 9).

Um exemplo bastante ilustrativo da polarização do debate no Brasil, é o caso da menina de dez anos que, ao tentar realizar interrupção da gravidez judicialmente autorizada no Recife, após ter o pedido negado por hospital no Espírito Santo, gerou uma grande mobilização social e política no intuito de impedi-la, com protestos na porta do centro clínico e até mesmo a divulgação de dados pessoais sensíveis como nome e endereço da menor de idade por ativistas de extrema direita (VILA-NOVA, 2020). Nesse sentido, uma pesquisa realizada pelo Datafolha em 2022 mostrou que 71% dos entrevistados eram contrários a modificações na lei atual do aborto ou acreditavam que o aborto deve ser proibido em todos os casos, enquanto 26% entendiam que o aborto deveria ser legalizado em mais ou todas as situações (DATAFOLHA, 2022).

Faludi (2001), no entanto questiona se essas pressões seriam de fato um movimento de *backlash*, ou seja, de refluxo e retaliação, ou se seriam apenas a perpetuação da já antiga resistência da sociedade contra os direitos femininos. Em resumo, para ela a utilização seria justificável a utilização do termo, pois apesar de ser constante a intolerância contra o feminismo, em alguns momentos ela não se apresenta de forma tão aguda, enquanto em outros ela surge

⁶ “Oportunidade, aqui, é utilizada em seu sentido político, levando em consideração: o grau de abertura das estruturas políticas formais aos esforços e pressões coletivos; a natureza das alianças entre as elites; a existência de alianças entre movimentos sociais e elites; e a habilidade/vontade do Estado de reprimir tais movimentos” (DANTAS; CARDOSO, 2020, p. 9).

como “explosões violentas”, sendo, assim, justificada a utilização do termo (FALUDI, 2001, p. 67).

Em contraposição às ideias de Faludi (2001), Diniz e Carino (2019) afirmam que o *backlash* não seria consequência do que fizeram as mulheres no campo da política, mas sim “uma maneira de se contar a história do feminismo pelas lentes do poder masculino” (DINIZ; CARINO, 2019).

Meninas estupradas têm seus direitos violados nos serviços de saúde muito antes da onda verde—há casos no Brasil, Peru ou no Paraguai, quase todas de meninas anônimas e pobres. Backlash é uma disputa sobre quem muda a história e quem tem a autoridade de contá-la: enquanto as mulheres tomavam as ruas do Brasil com o movimento #EleNão, houve homens que se lançaram como analistas políticos para explicar a vitória de Jair Bolsonaro como um backlash ao feminismo. **Não há backlash provocado pelo feminismo, mas o permanente uso do poder para manter o status quo de coerção reprodutiva às meninas e mulheres. Backlash nada mais é do que “culpar a vítima” por não cumprir com o destino traçado pelo patriarcado.** (DINIZ; CARINO, 2019)

Assim, para compreender a questão do aborto no STF, é necessário passar não apenas pelos conceitos jurídicos, mas analisar alguns aspectos da política e do sistema social mundial, que, enquanto ambiente para o sistema do direito brasileiro, gera ruídos, aos quais esse atribui-se sentidos, criando novos elementos para a sua estrutura.

1.3 DIREITO E POLÍTICA NA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Apesar das inegáveis contribuições do positivismo jurídico para a compreensão do Direito enquanto saber autônomo, o presente trabalho não possui a pretensão kelseniana de ater-se a uma teoria “pura” do Direito que “se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.” (KELSEN, 1999, p. 1).

Para Hans Kelsen, a Justiça, enquanto “problema valorativo”, deveria ser analisada separadamente, sem adentrar uma teoria do Direito que entende a realidade jurídica como o Direito positivo – ou seja, as normas (KELSEN, 1999, p. X e XI). Critica, portanto, aquelas correntes que “creem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo” (KELSEN, 1999, p. X), e o fazem desprezando o direito em nome da ciência ou da política (KELSEN, 1999, p. X).

Em contraposição a essa visão positivista da pureza do Direito, porém sem ignorar a sua autonomia, a teoria dos sistemas de Luhmann nos permite compreender como o Direito se

autorregula a partir de irritações causadas pelo seu ambiente, muitas das quais derivam de outros sistemas complexos como a política, a religião e a moral (LUHMANN, 1983). Para ele, a sociedade seria formada por sistemas sociais, todos compostos somente de comunicação e compreendidos como autopoieticos, autorreferentes e operacionalmente fechados (LUHMANN, 1997).

O termo autopoiese para Luhmann refere-se à capacidade de alguns sistemas de produzir sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem, de modo que, quando provocados pelo ambiente, podem atribuir sentidos a esses ruídos e produzir novos elementos para o sistema (LUHMANN, 1997). Para o Direito, uma forma fácil de visualizar essa autocriação é pelo princípio da inércia, que, ainda que haja uma ofensa a uma lei, um fato apenas se torna processo com o ajuizamento da ação pela parte autora, estando o Judiciário impedido de pronunciar-se sem que haja uma provocação⁷. Assim, os limites entre os sistemas não seriam materiais ou territoriais, mas limites de sentido (LUHMANN, 1997).

Já a autorreferência diz respeito à diferenciação entre sistema e ambiente, à possibilidade de criar uma identidade, uma estrutura particular, que permita identificá-lo entre o caos do ambiente (LUHMANN, 1997).

Atribui-se a eles ainda o fechamento operacional, caracterizado pela impossibilidade de que o ambiente opere diretamente no sistema e que o sistema opere no ambiente, ou seja, um novo elemento, ainda que derive de um ruído do ambiente, deve ser selecionado e processado pelo sistema de acordo com a função que desempenha e o sentido que lhe é conferido (LUHMANN, 1997). É graças a esse fechamento que o sistema é capaz de construir conhecimento e aumentar a sua complexidade (LUHMANN, 1997).

Importante ressaltar que esse fechamento não exclui a possibilidade de interdisciplinaridade, sendo esta inclusive uma característica marcante da teoria de Luhmann e uma busca constante no presente trabalho⁸.

Para além disso, segundo Habermas, a sociedade passou por um processo de juridificação a partir da positivação do Direito desde o Estado Burguês até o Estado Democrático de Direito, quando a juridificação do processo de legitimação levou aos direitos subjetivos públicos democráticos (HABERMAS, 1984).

⁷ “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” (BRASIL, 2015)

⁸ Para Antônio Joaquim Severino, na perspectiva metodológica do trabalho científico, entende-se por interdisciplinaridade “o empréstimo ou a troca de metodologia e fontes de uma disciplina para outra, assim como a física nuclear instrumentaliza a medicina nuclear, a lógica formal é aplicada ao Direito etc.” (KUNZLER, 2004, p. 124)

Em relação a essa fase “social e democrática”, Habermas avalia a juridificação da sociedade com base na distinção entre “direito como *meio*” (“Medium Recht”) e “direito como *instituição*”. No primeiro caso, “o direito é combinado com os meios [*Medien*] dinheiro e poder de tal forma que ele mesmo assume o papel de um meio de controle [*Steuerungsmedium*]”, como nas esferas do direito econômico, comercial, empresarial e administrativo. Por *instituições* jurídicas Habermas compreende “normas jurídicas que não podem ser suficientemente legitimadas mediante as referências positivistas a procedimentos”. Enquanto elas pertencem “às ordens legítimas do mundo da vida” (âmbito de agir comunicativo), precisam de uma “justificação material”. O direito como meio teria, portanto, força *constitutiva*; o direito como instituição apenas função regulativa. (NEVES, 2018, p. 37)

Assim, a juridificação teria efeitos negativos, ao atuar como meio nas esferas informalmente reguladas do mundo da vida (HABERMAS, 1984), como a família e a educação, mas teria efeitos positivos e funcionais, quando o direito atua como uma instituição regula, em benefício do plexo de ação do mundo da vida, orientado para o entendimento, ou serve de meio de controle para os sistemas de ação da economia e do Estado (HABERMAS, 1984).

Diferentemente do que se poderia pensar, a dicotomia entre sistema do Direito e ambiente não deve ser vista como uma expansão do sistema jurídico às custas de outros sistemas sociais (NEVES, 2018, p. 38). Para Neves, o fenômeno pode ser interpretado pela teoria dos sistemas a partir da positivação do Direito que envolve a juridificabilidade das diversas relações sociais, levando a consequências juridificantes dessa positivação que podem ser adequadas ao ambiente ou disfuncionais (NEVES, 2018, p. 38).

Em princípio, a juridificação não é negativa. Desde que, com base no fechamento normativo e abertura cognitiva, o sistema jurídico responda à demanda de seu ambiente por regulação, sem violar a autonomia de outros sistemas sociais, a juridificação será vista como adequada e funcional. (NEVES, 2018, p. 38-39)

O autor continua apontando que, na abordagem sistêmico-teórica luhmanniana, são duas as pré-condições para que o direito seja positivado⁹: a *democracia* e a sociedade *econômica* (NEVES, 2018, p. 39). Nesse sentido, o sistema político possui plena responsabilidade pelo direito com grande liberdade de decisão, de modo que, ao perder seu fundamento ético, ele depende de apoio social (eleição, partidos políticos e legislação pluralista), mantendo-se aberto às contraditórias influências da sociedade e tratando valores de modo oportunista e pluralista (NEVES, 2018, p. 39).

⁹ Segundo a teoria dos sistemas, a positivação do Direito, ou seja, a criação das normas, deve ser entendida como a “estabilização das expectativas em termos contrafáticos” (NEVES, 2004, p. 25). Assim, ele se difere da dicotomia de ser e dever-ser proposta por Kelsen, pois entende que “o cumprimento ou não cumprimento fático das normas é, em princípio, irrelevante para a sua validade. O expectante orientado por normas não irá contestar sua validade no momento de não cumprimento, mas sim confirmá-las, na medida em que ele persiste em suas expectativas e se queixa do comportamento infringente das normas.” (NEVES, 2004, p. 25).

Além disso, a autonomização do sistema político somente é possível a partir da aplicação do código de preferência do direito (lícito/ilícito) como um segundo código da política, por permitir diferenciar o poder conforme e poder contrário ao direito, já que o poder tende a ser difuso e flutuante (NEVES, 2015, p. 116). Há, portanto, uma interdependência entre os sistemas, uma vez que as decisões jurídicas estão subordinadas ao controle jurídico e a legislação é controlada e deliberada politicamente (LUHMANN, 1993).

Nessa perspectiva, a Constituição se torna o meio de diferenciação entre a política e o direito, pois “possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as” (NEVES, 2015, p. 117). Assim, segundo Luhmann, ela “possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico” (NEVES, 2015, p. 117).

Para o Direito, a Constituição é o “mecanismo mais abrangente de controle da autorreprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito enquanto sistema autopoietico” (NEVES, 2015, p. 118). Enquanto para a política, ela serve como imunização jurídica que impede a manipulação do sistema político por interesses particularistas e, a partir da divisão de poderes, a protege de uma expansão destrutiva da sua própria autonomia sistêmica (NEVES, 2015, p. 118).

O problema do Estado Democrático de Direito na modernidade central seria, portanto, a “heterorreferência do Estado enquanto organização jurídico-política territorialmente determinada” (NEVES, 2015, p. 119), ou seja, dificuldades ao tentar construir uma relação reciprocamente adequada entre direito e política (NEVES, 2015, p. 119).

Essa relação entre Direito e política, se torna ainda mais marcante e entrelaçada nos países da modernidade periférica, nos quais, segundo a teoria de Marcelo Neves¹⁰, não há uma completa diferenciação funcional do direito e da política (2015, p. 114). Para ele, é ingênuo pensar em uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais, pois os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado democrático de direito, tais como o jurisdicional, são invadidos por critérios extrajurídicos, comprometendo o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade (NEVES, 2015, p. 122)

¹⁰ Em sua tese de doutorado publicada sob o título “Constituição e Direito na Modernidade Periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro”, Marcelo Neves teve como principal hipótese a apresentação de uma teoria constitucional apta a desenvolver categorias adequadas para descrever os sistemas constitucionais da modernidade periférica. Assim, Neves critica alguns aspectos da concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann e o *déficit* explicativo da tradicional classificação das Constituições de Karl Loewenstein, por entender que ambas seriam insuficientes para conceituar Constituição nos países da chamada modernidade periférica (NEVES, 2018).

Além dos obstáculos à realização do Estado democrático de direito por fatores do ambiente social, evidencia-se na modernidade periférica uma relação destrutiva interna entre direito e política. **Embora essa situação envolva bloqueios recíprocos entre política e direito, ela apresenta-se basicamente como sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código “lícito/ilícito”.** Este se caracteriza, então, como um código frágil, uma vez que não é **complementado por critérios e programas suficientemente institucionalizados para enfrentar a força do código político.** Daí porque a diferença entre lícito e ilícito não desempenha satisfatoriamente a função de segundo código do poder, estando ausente assim uma característica sistêmica básica do Estado de direito. **A constitucionalidade e a legalidade são postas frequentemente de lado conforme a respectiva relação concreta de poder.** Nesse contexto, a Constituição como acoplamento estrutural entre sistemas político e jurídico é bloqueada. (NEVES, 2015, p. 123, grifos nossos)

Para os países da modernidade periférica, outro obstáculo que dificulta consideravelmente a realização do Estado democrático de direito é a generalização de relações de “subinclusão” e “sobreinclusão”, sendo definidas pelo grau de acesso e dependência aos sistemas sociais (NEVES, 2015, p. 124). No sistema jurídico, os “subcidadãos” não são totalmente excluídos, pois, ainda que não tenham acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, “não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas” (NEVES, 2015, p. 124).

No âmbito do direito constitucional, a subinclusão é bastante evidenciada, pois as ofensas aos direitos fundamentais dos membros das camadas socialmente subalternas são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do “aparelho estatal”, como no caso das ações violentas ilegais da polícia (NEVES, 2015, p. 124).

Acrescenta-se que essas pessoas muitas vezes carecem das condições básicas para o exercício dos direitos fundamentais e as prescrições constitucionais passam a ter relevância apenas quando restringem liberdades, assim os “direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais” (NEVES, 2015, p. 124).

Paralelamente, a “sobreinclusão” refere-se aos grupos privilegiados que são titulares de direitos, competências, prerrogativas e poderes, porém não se submetem à ação punitiva do Estado quanto aos seus deveres e responsabilidades (NEVES, 2015, p. 125). Pode-se afirmar então que, para eles, o direito seria apenas um meio de consecução dos seus objetivos econômicos, políticos e relacionais, e não mais um horizonte do agir e vivenciar político-jurídico (NEVES, 2015, p. 125).

Importante ressaltar, todavia, que os papéis de “subcidadão” e “sobrecidadão” não são fixos, pois dependem de condições fáticas da reprodução das comunicações (NEVES, 2015, p. 126). Nessa ótica, um subcidadão pode ofender o direito alheio com expectativas seguras de

impunidade, da mesma forma que um sobreincluído pode sofrer ofensa ou violência de agentes estatais sem acesso aos remédios jurídicos efetivos (NEVES, 2015, p. 126).

Outro conceito fundamental para compreender o tema é o de legislação simbólica, isto é, aquela em que há a prevalência do seu significado político ideológico em detrimento do seu sentido normativo aparente (NEVES, 1994, p. 32). Para Marcelo Neves, a criação de leis é um momento de interseção entre o sistema político e o sistema jurídico e, nessa perspectiva, a legislação simbólica seria a produção de textos cuja finalidade principal é servir a objetivos políticos, não necessariamente relacionados a questões jurídicas (1994, p. 32). Confira em suas palavras:

(...) o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficadamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica. (NEVES, 1994, p. 32)

Ressalta-se ainda, que a legislação simbólica não se opõe à legislação instrumental, já que é possível que uma lei seja orientada intencionalmente para que exerça a função simbólica (NEVES, 1994, p. 32). De acordo com o autor, seria mais adequado, portanto, comparar os efeitos ocultos da legislação simbólica com os efeitos evidentes da legislação instrumental (NEVES, 1994, p. 32).

A discussão sobre o aborto na Alemanha é inclusive utilizada por Marcelo Neves como exemplo de legislação simbólica para confirmar valores sociais (1994, p. 35), apontando que, para Blankenburg, as violações da seção 218 do Código Penal Alemão eram comuns, mas as punições seriam raras, concluindo, com base nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, que a questão da legalização do aborto é mais sobre a afirmação simbólica de normas do que sobre sua imposição efetiva (NEVES, 1994, p. 35).

Para Neves haveria, portanto, uma mera “constituição nominalista” ou “constitucionalização simbólica”, na qual há um bloqueio social destrutivo da concretização da constituição, levando a uma “desconstitucionalização fática no processo de concretização jurídica” (NEVES, 2015, p. 126).

Dessa maneira, **não se constrói Constituição como ordem básica da comunicação jurídica ou como acoplamento estrutural entre política e direito** em, em ampla medida, expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas, faltando-lhe assim relevância jurídica: ele é carente de força normativa. [...] Dessa maneira, Constituição, seja como ordem básica da comunicação jurídica ou como acoplamento estrutural entre direito e política, não se constrói de modo funcionalmente

satisfatório. **Em tais circunstâncias, a política não apenas subjuga o direito; por meio do texto constitucional hipertroficamente simbólico, também o usa como meio lúdico ou como fachada que esconde a sua impotência.** (NEVES, 2015, p. 126, grifos nossos).

Essa desconstitucionalização não se restringe à eficácia das normas constitucionais, mas significa que o texto constitucional não equivale às expectativas normativas, tornando a lei fundamental carente de relevância jurídica e força normativa (NEVES, 2015, p. 126). Assim, a política não apenas subjuga o direito, mas utiliza-o como fachada para as decisões tomadas por ela, escondendo a sua impotência (NEVES, 2015, p. 126).

A criminalização do aborto parece, então, se encaixar na categoria da legislação penal simbólica, na medida que visa reforçar valores sociais e produz efeitos relevantes para o sistema político (NEVES, 1994, p. 51). Tem entre seus efeitos, portanto, tranquilizar os setores conservadores e religiosos da sociedade de que seus sentimentos e interesses estão incorporados ao Direito, sendo inclusive garantidos por ele (NEVES, 1994, p. 51).

Além disso, essa afirmação pública da norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servir-lhe de sustentação, dificultando que a conduta considerada ilegal se imponha ante um comportamento lícito (NEVES, 1994, p. 51). Um triste exemplo desse efeito são os entraves criados pelo governo Bolsonaro para o aborto legal¹¹, que, embora legal, é constantemente questionado, investigado e dificultado com o aval moral da norma penal que o criminaliza em outros casos.

O último efeito meta-jurídico da legislação simbólica confirmadora de valores seria a distinção, com relevância institucional, de “quais as culturas têm legitimação e dominação pública” (dignas de respeito público) das que são consideradas “desviantes” (“degradadas publicamente”) (NEVES, 1994, p. 51). Assim, ao priorizar as influências de grupos conservadores e cristãos, o Estado brasileiro relega as mulheres que apresentam comportamento desviante a uma posição de cidadãs de segunda categoria.

Ocorre que essa opção política é realizada em oposição a uma série de princípios constitucionais, que guardam por si só uma grande carga simbólica, mas que acabam por ter sua força normativa minada, ante esse bloqueio social destrutivo da concretização da constituição. Por conseguinte, a criminalização do aborto voluntário no Brasil leva a uma “desconstitucionalização fática no processo de concretização jurídica”.

¹¹ Para um aprofundamento, ver o tópico 3.3 deste trabalho.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal possui um papel central na relação entre direito e política no Brasil, por ser o tribunal responsável por interpretar e guardar a Constituição¹², retirando do ordenamento jurídico normas que a contrariam através de mecanismos de controle de constitucionalidade que serão melhor abordados no tópico abaixo.

1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Para Pontes de Miranda (1983, p. 273-274), os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade podem ser compreendidos a partir da “relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição - e outra coisa - um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou no seu sentido” (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.171).

Para além disso, será constitucional o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; enquanto o ato inconstitucional será aquele que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1174).

Para Kelsen (1981), a garantia de anulação dos atos inconstitucionais é um requisito para que a Constituição seja obrigatória, fazendo-se fundamental a existência de um órgão incumbido de defendê-la (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.173).

Esse papel de guarda da Constituição é realizado a partir dos mecanismos de controle de constitucionalidade, por meio dos quais se realiza a análise da constitucionalidade de uma determinada norma ou conduta. A partir dessa concepção, criou-se, no Brasil e no mundo, diversas espécies de controle de constitucionalidade, podendo ser definidos por quem o exerce (político, jurisdicional e misto), pela forma de controle (incidental ou principal) ou pelo momento em que ele é exercido (preventivo ou repressivo/sucessivo) (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.174-1.175).

O controle político ocorre quando ele é realizado por órgãos políticos e não por órgão judicial, como ocorre no controle jurisdicional (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.175). Alguns exemplos de controle político no Brasil são o veto oposto pelo chefe do Executivo a projeto de

¹² Confira o artigo da Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]” (BRASIL, 1988).

lei que se considere inconstitucional (art. 66, § 1º, da CF¹³) e o controle realizado pelas Comissões nas Casas Legislativas, em especial a Comissão de Constituição e Justiça (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.175).

Por sua vez, quando analisado o modo de controle, ele pode ser incidental, ou seja, a inconstitucionalidade é arguida no contexto de uma ação judicial com outro objeto, sendo a compatibilidade com a lei fundamental apenas uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.175). Ainda que ele esteja muito associado ao modelo difuso, que será abordado com mais profundidade abaixo, o Brasil permite o controle concentrado incidental em alguns casos específicos, como os julgamentos de processos subjetivos de competência originária do STF (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.175).

O controle principal, no entanto, tem a constitucionalidade como objeto da ação, permitindo que ela seja suscitada autonomamente (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.175). É possível denominá-lo também controle abstrato, pois questiona a constitucionalidade da norma sem se valer de um caso concreto (PRETTO, P. e PRETTO, R., 2017, p. 419).

O momento em que o controle é realizado também influi na sua classificação, podendo ser preventivo, ou seja, antes que o ato normativo seja aperfeiçoado, como no já citado controle político exercido pelas Comissões e pelo veto presidencial; enquanto o controle repressivo ocorre após a promulgação da lei e sua entrada em vigor (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176). O controle judicial tende a ser de feição repressiva e, no caso das ações diretas de inconstitucionalidade exige-se que a lei tenha sido ao menos promulgada, conforme a jurisprudência do STF¹⁴ (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176). Admite-se, todavia, pela jurisprudência do STF o controle judicial preventivo para mandados de segurança impetrados por parlamentar com o objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da Constituição Federal¹⁵ (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176).

¹³ Confira o artigo da Constituição Federal: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º **Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional** ou contrário ao interesse público, **vetá-lo-á total ou parcialmente**, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.” (BRASIL, 1988).

¹⁴ O tema foi julgado pelo STF na ADI 466, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10/05/1991, e na ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17/03/2006 (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176).

¹⁵ O tema foi julgado pelo STF no MS 20.2057, Rel. Min. Décio Miranda, DJ de 08/10/1980 e MS 24.138, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 28/11/2002 (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176).

Além das classificações acima elencadas, o controle jurisdicional de constitucionalidade, ou seja, aquele exercido por órgão judicial, divide-se e modelo concentrado difuso, também conhecido como sistema austríaco/europeu, e modelo difuso, chamado também de sistema americano (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176).

O primeiro se caracteriza pela existência de um órgão jurisdicional que superior ou uma Corte Constitucional que possua a atribuição de julgar as questões constitucionais, podendo ter ampla variedade de organização a depender do ordenamento que a adote (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.177). Já o modelo americano, atribui a qualquer órgão judicial competente para o julgamento de um caso concreto o poder-dever de afastar a aplicação de norma incompatível com a ordem constitucional (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.177). Essa divisão, entretanto, é muito mais didática do que fática, uma vez que o desenvolvimento de ambos os modelos aponta para uma aproximação ou convergência a partir de referenciais e procedimentos pragmáticos (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176).

O Brasil, por sua vez, adota um modelo misto de controle de constitucionalidade que conjuga os dois perfis, o tradicional modelo americano adotado desde a República Velha¹⁶, com as ações de controle abstrato e concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal (ADI, ADPF, ADO, ADC e representação interventiva) (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.178).

É possível dizer, portanto que a Constituição Federal de 1988 conferiu especial relevância ao Supremo Tribunal Federal (STF) ao ampliar o número de ações que podem ser propostas originariamente no Tribunal, combinando nele os papéis de Corte Constitucional e de órgão de cúpula do Poder Judiciário (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.091). As competências originárias do STF encontram-se no art. 102, I, da CF e destacam-se por possibilitar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como o controle da omissão institucional (BRASIL, 1988).

O contexto político em que a atual Constituição foi promulgada, logo após a redemocratização, permitiu que houvesse uma ampla discussão acerca do papel e da estrutura do Poder Judiciário, muitas vezes com a crença irreal de que o judiciário poderia redimir os erros do sistema político experienciados no passado (SLAIBI FILHO, 2008, p. 20). Tal mudança seguiu

¹⁶ “A República Velha abandonou o padrão francês da organização política do Império e acolheu com entusiasmo o modelo estadunidense, como já antes fizeram os nossos vizinhos latinos. Adotou a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a inspiração de Rui Barbosa, não só denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil) como as instituições da república, federação, presidencialismo e até mesmo o modelo, típico do sistema do Common Law, da jurisdição universal (*judicial review*), este a permitir ao juiz a mais ampla cognição, aos tribunais comuns se submetendo todas as causas, diversamente do sistema francês que, até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império, deferia ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar as causas públicas.” (SLAIBI FILHO, 2008).

um padrão de constitucionalização do Direito que ganhou força na Europa após a Segunda Guerra, com a perda do prestígio do positivismo jurídico e da própria lei (BARROSO, 2017).

Apesar disso, poucas alterações foram realizadas na estrutura do Poder Judiciário em 1988, permanecendo com o mesmo formato, salvo algumas alterações pontuais que, ainda que ampliassem o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, manteve o papel da suprema corte restrito ao controle incidental e ao controle concentrado apenas enquanto “legislador negativo, suspendendo os efeitos da norma considerada inconstitucional, bem como declarando a omissão legislativa” (SLAIBI FILHO, 2008, p. 21-22).

O papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal surgiu em outro contexto de crise, após o impeachment do ex-presidente Fernando Collor e pela união de forças políticas junto ao Presidente Itamar Franco, “buscando soluções para o solapamento do sistema econômico pelo fenômeno da inflação, então crônico, de mais de quarenta anos, cujas causas estariam no descontrole do Poder Público” (SLAIBI FILHO, 2008, p. 22). Somente a partir da Emenda Constitucional nº 3/93 que se acrescentou o §2º ao art. 102 da CF que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo;” (BRASIL, 1993)¹⁷.

Para o professor e magistrado Nagib Slaibi Filho, esse conteúdo legislativo positivo a partir da Emenda Constitucional nº 3 se faz evidente, pois, através de uma decisão de provimento em uma ADC, por exemplo, o STF imunizar a norma infraconstitucional e impede que juízes e administradores públicos neguem a sua aplicação sob o fundamento de ser incompatível com a lei fundamental (SLAIBI FILHO, 2008, p. 22).

O aumento nas competências do judiciário não é uma característica apenas do Brasil, tornando-se uma verdadeira tendência nas últimas décadas e sendo descrita por Hirschl como uma profunda transferência de poderes das instituições representativas para o judiciário, seja ele local ou internacional (2006). Essa tendência se iniciou na tradição constitucionalista dos Estados Unidos a partir do conceito de supremacia da Constituição, pilar da ordem política americana há mais de 200 anos (HIRSCHL, 2006).

¹⁷ Importante ressaltar que esse artigo teve a sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para ampliar esse efeito às ADC's e a sua vinculação à administração direta e indireta. Confira a redação atual: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (BRASIL, 2004).

Assim, houve uma natural *Judicialização* de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, que passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instituições políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2017). Confira o que diz o constitucionalista e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que **algumas das grandes questões políticas, morais e sociais do nosso tempo têm alguns dos seus capítulos decisivos perante os tribunais**. Isto se deve ao arranjo institucional das democracias contemporâneas, que facultam e facilitam o acesso à justiça por diferentes mecanismos. **Já o ativismo judicial é uma atitude, uma atuação expansiva do Judiciário, ocupando espaços tradicionalmente percebidos como sendo do Legislativo**. A despeito da conotação negativa que o termo assumiu ao longo do tempo, **esta intervenção mais abrangente dos tribunais não é necessariamente ruim**. Pelo contrário, alguns dos momentos mais importantes do constitucionalismo mundial se deram por uma postura mais ativista das cortes constitucionais. (BARROSO, 2017, p. 47-48)

Para ele, portanto, Judicialização e ativismo judicial se diferenciam. Para ele, o ativismo seria “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2017, p. 12), podendo traduzir um comportamento ilegítimo ou um esforço para a proteção de grupos historicamente vulneráveis (BARROSO, 2017).

Essa visão se assemelha mais à de Marcelo Neves em seu artigo, pois, ainda que sejam utilizadas nomenclaturas distintas, compreende-se que a dicotomia entre o sistema do Direito e ambiente não é necessariamente negativa, desde que “com base no fechamento normativo e abertura cognitiva, o sistema jurídico responda à demanda de seu ambiente por regulação, sem violar a autonomia de outros sistemas sociais, a juridificação será vista como adequada e funcional.” (NEVES, 2018, p. 38-39).

Por outro lado, Hirschl divide a judicialização da política em três categorias, dentre elas: i) a divulgação e ampliação do discurso jurídico, jargões regras e procedimentos para a esfera da política; ii) a judicialização da realização de políticas públicas por meio de formas “ordinárias” de controle judicial; iii) a judicialização do que ele denomina “*pure politics*”, ou seja, a transferência para as cortes de assuntos de natureza política, incluindo a legitimidade do regime e a identidade coletiva, por serem matérias que definem e dividem toda a política (HIRSCHL, 2006, p. 723).

Cada uma dessas formas de judicialização teriam, portanto, origens e efeitos distintos, podendo ser mais ou menos danosas. A judicialização do discurso e de questões que antes seriam resolvidas em um contexto informal ou extrajurídico, mas passaram a ser dominadas por regras e procedimentos jurídicos (HIRSCHL, 2006, p. 723), estaria intrinsecamente ligada ao

aumento da complexidade e contingência das sociedades modernas descrita por Luhmann (1972) (HIRSCHL, 2006, p. 723).

A segunda espécie, marcada pela expansão das cortes e juízes que passaram a determinar como seriam realizadas políticas públicas por meio de uma jurisprudência constitucional “ordinária” e as fronteiras entres os órgãos da administração pública (separação de poderes, federalismo, etc.), especialmente com relação a aspectos formais, como o devido processo legal e a legalidade formal dos processos decisórios (HIRSCHL, 2006, p. 724). Esse processo de judicialização se deu também a nível internacional por meio de órgãos internacionais, comissões que lidam com direitos humanos, governança transnacional etc., sendo ainda mais evidente na União Europeia (HIRSCHL, 2006, p. 726).

A terceira e última classificação, traduzida como a judicialização da política pura ou da mega política, é participação do judiciário em assuntos que são decisivos e divisores para a política, como o processo eleitoral, planejamento macroeconômico, segurança nacional, e, acima de tudo, a judicialização de identidade coletiva, dos processos de construção da nação e de grandes dilemas morais (HIRSCHL, 2006, p. 726). Para ele, essa seria a forma mais problemática de judicialização da política e eu muitas vezes conta com o apoio tácito ou explícito de importantes *stakeholders* da política (HIRSCHL, 2006, p. 726).

Ocorre que diferenciar o segundo e o terceiro tipos não é simples, pois demanda uma análise de aspecto qualitativo que perpassa não apenas pelos limites entre direito e política, mas pelo próprio sentido de política, variando de acordo com a pessoa e o país, como exemplo utiliza-se até da questão do aborto que é considerada política nos Estados Unidos, mas pode não o ser em outros países que o vejam como um grande dilema moral (HIRSCHL, 2006, p. 726).

Nota-se, portanto, a ausência de um consenso doutrinário e jurisprudencial acerca dos limites entre direito e política, causado principalmente pela alta complexidade das sociedades modernas, cominando em uma dificuldade em compreender e averiguar a legitimidade dos movimentos de juridificação observados no sistema social mundial. Assim, como apontado por Neves, a juridificação não é necessariamente negativa, contanto que, “com base no fechamento normativo e abertura cognitiva, o sistema jurídico responda à demanda de seu ambiente por regulação, sem violar a autonomia de outros sistemas sociais, a juridificação será vista como adequada e funcional.” (NEVES, 2018, p. 38-39).

CAPÍTULO 2 – O Aborto sob a Ótica dos Sistemas Político e Jurídico

2.1 BREVE RELATO HISTÓRICO DA PRÁTICA

A agenda dos direitos reprodutivos tem gerado ampla discussão jurídica e política em todo o mundo, sendo a autonomia das mulheres sobre seus corpos e o direito à interrupção voluntária da gravidez defendidos pelos movimentos feministas, apesar dos frequentes ataques de grupos religiosos e políticos conservadores.

A defesa do aborto legal surge a partir de um dos fundamentos do feminismo contemporâneo, rapidamente ganhando espaço como questão de direito individual por remeter ao princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo, expressado na máxima feminista "nosso corpo nos pertence" (SCAVONE, 2008). Nesse sentido, a apropriação do corpo também passou a significar para as mulheres a possibilidade da livre escolha da maternidade (SCAVONE, 2008).

Retomando a história da prática do aborto e da sua criminalização, é importante notar que ele é muito mais antigo que o feminismo e está presente em todas as épocas e culturas, com os mais diversos sentidos, métodos e significados (REBOUÇAS e DUTRA, 2016). Em verdade, as discussões sobre o tema no Ocidente passaram por um marco divisório no século XVIII a partir da Revolução Francesa, quando se começou a privilegiar o feto ao enxergá-lo como um futuro trabalhador e não mais apenas como um apêndice do corpo da gestante (REBOUÇAS e DUTRA, 2016).

Posteriormente, já no século XX, o aborto passou a ser criminalizado em alguns países da Europa, principalmente em razão da queda populacional após a Primeira Guerra Mundial, com destaque para a França (REBOUÇAS e DUTRA, 2016). O mesmo fenômeno se deu com a ascensão do nazifascismo, sendo considerado como um crime contra a nação e manteve-se assim até a década de 60 em muitos países europeus (REBOUÇAS e DUTRA, 2016).

Nesse contexto, a Espanha seguiu um caminho semelhante, no qual em 1941, após a guerra civil e com a ascensão do fascismo na ditadura Franquista, foi outorgada uma lei que visava proibir todo aborto que não fosse espontâneo, bem como o que chamavam de *propaganda anticoncepcionista* (ESPANHA, 1941). Apenas com a Ley Orgánica 9/1985, o aborto passou a ser permitido, porém restrito aos casos em que houvesse estupro, risco à saúde da mãe, ou em caso de grave malformação fetal, respeitado o limite temporal (ESPANHA, 1985). Em 2010, foi promulgada a Ley Orgánica 2/2010, uma legislação mais permissiva, abrangente e

detalhada sobre o tema, considerada, portanto, um importante avanço para o movimento feminista no país (ESPANHA, 2010). A título de curiosidade, houve um movimento contrário ocorrido no país ainda na época da II República, em 1936, quando foi aprovado, com forte influência do pensamento anarquista, o “Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo” apenas na Catalunha e que previa: o aborto livre até a 12^a semana de gestação ou, passado esse período, apenas justificado por causas terapêuticas (GÉRVAS, 2016).

Outro país com um histórico interessante é a Argentina que, até a promulgação da Ley nº 27.610 em 2021, possuía uma legislação muito semelhante à brasileira, proibindo o aborto consensual, com três exceções não puníveis: quando a gravidez é resultado de um estupro (BURTON, 2017); quando pressupõe um risco para a saúde da mulher e não pode ser evitado por outros meios; em casos de fetos anencefálicos, também em decorrência de uma decisão judicial de 1996 (ARGENTINA, Causa 47.136, 1996, apud CEPEDA, 2017). Com a legislação atual (Ley nº 27.610), as mulheres e pessoas com outras identidades de gênero capazes de gestar possuem o direito de: decidir pela interrupção voluntária; ser atendido pelos serviços do sistema público de saúde; receber atenção pelos sistemas de saúde após aborto legal ou não; prevenir gravidez indesejada com acesso à informação, educação sexual e métodos contraceptivos (ARGENTINA, 2021).

Ambos os países citados acima recorreram à criação de leis e decretos como principal mecanismo para ampliar ou reduzir direitos reprodutivos, criando crimes ou descriminalizando o aborto, com notável prevalência do poder de legislar. No entanto, o Poder Judiciário também possui um papel importante nesse debate, em especial a partir da concepção moderna de constituição, como é possível notar pela experiência dos países a seguir.

Na Colômbia a descriminalização do aborto consensual se deu em fevereiro de 2022 na *Sentencia C-055-22* (COLOMBIA, 2022). Na decisão, declarou-se a inconstitucionalidade da tipificação do delito de aborto consentido até a 24^a semana de gestação, ou, independentemente desse limite, quando for uma das exceções de que trata a *Sentencia C-355* de 2006, além de determinar que o Congresso da República e o Governo Nacional implementem política pública integral acerca da matéria (COLOMBIA, 2006 apud COLOMBIA, 2022). Segundo o precedente de 2006, já não era considerado delito o aborto cometido em três circunstâncias: (i) a continuidade da gravidez constitui um risco para a vida ou para a saúde da gestante; (ii) a existência de grave má-formação do feto que torne a sua vida inviável; (iii) a gravidez seja resultante de “*acceso carnal*” ou ato sexual sem consentimento, transmissão de óvulo fecundado não consentida, ou incesto (COLOMBIA, 2006 apud COLOMBIA, 2022).

Nos Estados Unidos, a história do reconhecimento ao direito de abortar se deu por meio de decisões da Suprema Corte e leis estaduais. O precedente mais importante para entender o caso é *Roe v. Wade*, de 1973, no qual se partiu de regras acerca da privacidade marital de outro caso relevante (*Griswold e Eisenstadt*), para reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei do estado do Texas que criminalizava o ato de assistência a grávidas que procurassem por auxílio no abortamento (GINSBURG, 1985). A partir de *Roe v. Wade*, foram analisadas diversas outras leis estaduais estabelecendo maiores ou menores restrições à interrupção voluntária da gravidez (CUNHA, B., 2017), até que, em junho de 2022, a Suprema Corte alterou seu entendimento no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, determinando que a constituição não conferia um direito ao aborto e que a autoridade para regulá-lo seria de cada um dos estados federados (SKELTON, 2022). Desde então, doze estados norte-americanos passaram a proibir a prática (AFTER, 2022), tornando os Estados Unidos um dos quatro países a alterar uma regulação mais permissiva para restringir a interrupção voluntária da gravidez desde 1994 (ABORTION, 2022).

O caso americano ilustra muito bem a relação entre Direito e Política nos “casos difíceis” julgados pelas cortes constitucionais. Isso porque, antes mesmo que a ação fosse pautada, o tema já era vigorosamente debatido e alvo de uma série de leis estaduais, não tendo sido iniciado nem finalizado pela Suprema Corte e envolvendo desde liberdades reprodutivas e argumentos médicos, ao direito à vida do nascituro (GREENHOUSE; SIEGEL, 2012, p. 8-15).

Nessa perspectiva, o Brasil possui uma legislação bastante restritiva ao aborto consensual, proibido pelo Código Penal de 1940, excetuados apenas três casos: existência de risco de vida para a gestante, gravidez advinda de estupro ou feto com anencefalia, sendo introduzido este último por decisão do STF em 2012 pela ADPF 54 (STF, 2012, voto Vencedor).

Tal repressão à prática é histórica, de modo que o aborto voluntário é expressamente proibido no país desde o Código Penal de 1830, punida qualquer pessoa que o ocasionasse ou fornecesse meios para produzi-lo (BRASIL, 1830). Em 1890, a conduta da mulher que o realizasse em si mesma passou a ser tipificada, com redução da pena caso cometida para ocultar desonra própria (BRASIL, 1890), em nítida influência dos ideais católicos que pregavam os bons costumes da família e dos cidadãos, especialmente das mães, por serem a base da família cristã (REBOUÇAS e DUTRA, 2016).

Ante o exposto, é fácil notar a intrínseca relação da questão tanto com a política quanto com direito, tendo sido o aborto alvo de debates por movimentos sociais, categorias de profissionais da saúde, grupos religiosos, gerando a criação de uma série de leis proibindo ou regulando a prática ao redor do mundo. A partir dessas leis que não foram capazes de encerrar

o debate por conta própria, ele foi muitas vezes transportado para o direito por meio de demandas concretas ou abstratas que visavam alterar o tratamento jurídico dado pelo ordenamento local.

2.2 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO

O primeiro código penal que tratou do aborto como crime no Brasil é o de 1830 (BITTENCOURT, 2022), outorgado ainda no império, dispunha do aborto na sua “Secção II - Infanticídio”, o qual punia com prisão de um a cinco anos aquele causar aborto por qualquer meio com o consentimento da gestante (BRASIL, 1830, art. 199), dobradas as penas caso cometido sem dito consentimento. Ademais, criminalizou o fornecimento de drogas ou qualquer outro meio para o aborto, ainda que ele não se verificasse (BRASIL, 1830, art. 200), dobradas as penas caso cometido por médico, boticário, cirurgião ou outro profissional da saúde. Acrescenta-se que todas as citadas penas de prisão eram culminadas com trabalho forçado. Note ainda que não estava tipificada a conduta da mulher que aborta, apenas daquela que mata o filho recém-nascido para ocultar desonra (BRASIL, 1830, art. 198).

Apenas no Código de 1890, na primeira república, passou-se a punir a mulher que realiza seu próprio aborto, com alguns atenuantes como a ocultação de desonra própria (BRASIL, 1890, art. 301, parágrafo único). Ademais, permaneceram descritos no capítulo sobre o aborto (BRASIL, 1890, Capítulo IV): provocar aborto com ou sem a expulsão do feto, penas de dois a seis anos no primeiro caso e pena de seis meses a um ano no segundo (BRASIL, 1890, art. 300), bem como fazê-lo com a anuência da gestante, pena de um a cinco anos (BRASIL, 1890, art. 301).

Segundo o atual Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), o aborto se inclui no capítulo dos crimes contra a vida se divide em: i) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124); ii) aborto provocado por terceiro com ou sem consentimento da gestante (arts. 125 e 126), aos quais é aplicável a forma qualificada do art. 127; iii) aborto preterdoloso, entendido como produto de lesão corporal gravíssima quando essa for dolosa (art. 129, § 2º, V). Além disso, anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto é considerado uma contravenção penal nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (BRASIL, 1941).

O presente trabalho se enfocará nos crimes dos arts. 124 e 126 do Código Penal, por serem realizados com o válido consentimento da gestante e, independentemente das semanas de gestação, são expressamente proibidos (BRASIL, 1940). Ambos os artigos têm como bem

jurídico protegido apenas a vida do nascituro, por não ocasionarem outros danos à gestante, de modo que contam com penas menores que os outros tipos, cabível inclusive a suspensão condicional do processo devido à pena mínima cominada quando cumpridos os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95 (CUNHA, R., 2017).

Por sua vez, o art. 128 do mesmo Código traz as hipóteses em que a interrupção intencional da gravidez seria atípica. O aborto legal, portanto, ocorre quando: i) há o risco iminente à vida da gestante (“aborto necessário”, inciso I do art. 128); e ii) a gravidez é resultante de estupro (inciso II do art. 128).

No primeiro caso, também conhecido como aborto terapêutico, é necessário o preenchimento de três condições (CUNHA, R., 2017, p. 109), quais sejam: i) que ele se realize por médico; caso seja realizado outro profissional habilitado ou a própria gestante, a proteção se dará apenas pela aplicação da discriminante do estado de necessidade (art. 24); ii) o perigo de vida, não bastando perigo à saúde da mãe; iii) a impossibilidade do uso de outro meio para salvá-la, podendo o médico responder pelo crime do art. 125, caso realizado havendo outro meio viável.

Já na segunda hipótese, também chamada de aborto sentimental ou ético, sua principal justificativa é o tamanho sofrimento que seria imposto à vítima de violência sexual ao manter uma gravidez que pudesse relembrá-la da agressão (CUNHA, R., 2017, p. 109). Importante notar que ela deve ser realizada por médico e com o consentimento da gestante ou do seu representante legal. Os serviços de aborto legal são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (MARTINS, 2018) e não é necessária sentença condenatória ou até mesmo processo criminal, devendo o médico procurar certificar-se por meio de inquérito ou ocorrência policial ou até mesmo outros meios e diligências pessoais antes de realizá-lo (BITTENCOURT, 2022). Porém, na prática, esse direito nem sempre é garantido, em especial para as adolescentes que precisam de acompanhamento do representante legal, o que pode se tornar mais um empecilho para a sua concretização (MARTINS, 2018).

No poder legislativo, o tema continua sendo alvo de debate e projetos de lei. Em 2013, o ex-deputado Eduardo Cunha, juntamente com outros deputados federais, propôs o Projeto de Lei nº 5.069, que acrescentaria o art. 127-A ao Código Penal, criando o crime de “Anúncio de meio abortivo ou induzimento ao aborto” (BRASIL, 2013). Com base no tipo penal proposto, passaria a ser crime punido com prisão de cinco a dez anos a quem: “Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, induzir ou instigar gestante a usar substância ou objeto abortivo, instruir ou orientar gestante sobre como praticar aborto, ou prestar-lhe qualquer auxílio para que o pratique” (BRASIL, 2013).

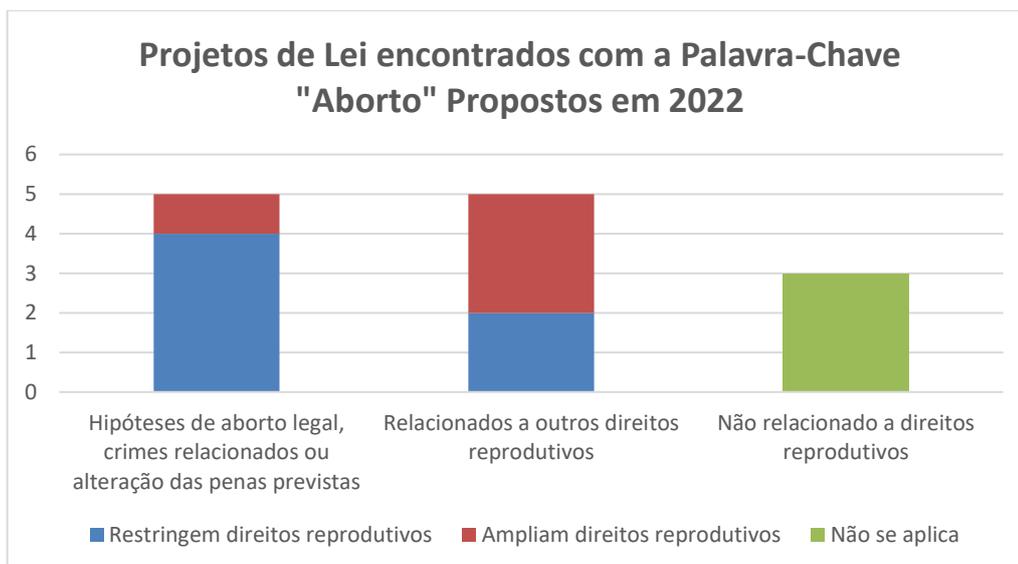
Além disso, a pena seria de 5 a 10 anos se o agente fosse funcionário da saúde pública, ou exercesse a profissão de médico, farmacêutico ou enfermeiro; e aumentaria de um terço, se a gestante fosse menor de idade (BRASIL, 2013). Traz a seguinte afirmação na Justificativa para o projeto: “A legalização do aborto vem sendo imposta a todo o mundo por organizações internacionais inspiradas por uma ideologia neo-maltusiana de controle populacional, e financiadas por fundações norte-americanas ligadas a interesses super-capitalistas.” (BRASIL, 2013). Proposto em 2021, o PL 2451/2021 encontra-se apensado ao PL nº 5.069, com o mesmo objeto (BRASIL, 2013).

Proposta pelo senador Magno Malta, a PEC nº 29/2015, possuía como objeto alterar a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a expressão: “a inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção” (BRASIL, 2015). Na Justificação da PEC, o senador alega que houve omissão grave e que “Os enormes avanços na ciência registrados nos últimos 20 anos na FETOLOGIA e na EMBRIOLOGIA com o conhecimento do nosso DNA vieram a ressaltar a concepção como único momento em que é possível identificar o início da vida humana” (BRASIL, 2015), sem apontar qualquer fonte para a afirmação. Em 22/12/2022, a PEC foi rejeitada e arquivada ao final da legislatura (BRASIL, 2015).

Em 2022, o aborto permanece em discussão no Congresso. A fim de ilustrar o tema, fiz uma pequena pesquisa acerca dos Projeto de Lei (PL) propostos em 2022 no *website* da Câmara dos Deputados utilizando como palavra-chave “aborto”, fui capaz de localizar 13 resultados¹⁸, variando entre projetos de lei favoráveis à ampliação as hipóteses de aborto legal ou de restringi-las, bem como outros projetos sobre direitos reprodutivos femininos não diretamente relacionados ao aborto consensual.

¹⁸ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=2022&autor=&inteiroTeor=aborto&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=03/12/2022&page=false>. Acesso em: 28 nov. 2022.

GRÁFICO 1



Fonte: elaboração própria.

Ao analisar o gráfico, nota-se que 80% dos projetos que se referem a hipóteses de aborto legal, crimes relacionados ou alteração das penas são no sentido de restringir direitos reprodutivos. Por outro lado, há uma prevalência dos projetos de lei que ampliam outros direitos reprodutivos (60%). Isso demonstra como o aborto voluntário encontra forte resistência no Congresso, embora outros direitos reprodutivos tenham mais facilidade de serem incorporados, especialmente aqueles referentes à maternidade.

A título de comparação, ao analisar os projetos de lei sobre aborto que estavam em tramitação no Congresso Nacional compilados por Maia em 2005, propostos de 1991 até 2004, viu-se uma situação bastante diferente (p. 40-43). Dos 32 PL's, quase 60% visavam a ampliação dos casos de aborto legal e/ou da assistência de saúde pós-abortamento (MAIA, 2005, p. 40-43).

Há, portanto, dentro das duas casas legislativas, que possuem função representativa e membros eleitos pelo voto direto, uma difícil permeabilidade do discurso feminista de ampliação dos direitos reprodutivos, especialmente quando analisada a questão do aborto. A baixa representatividade feminina no Congresso também pode ser um dos principais empecilhos à esse debate, uma vez que, nas eleições de 2022, foram eleitas 86 deputadas federais, menos de 20% das 513 vagas em disputa, ao mesmo tempo, apenas quatro senadoras foram vitoriosas de um total de 27 cadeiras em disputa (SABINO; ROSSO, 2022).

Tal posicionamento ainda reflete a opinião pública majoritária, uma vez que uma pesquisa do Datafolha de 2022 mostrou que 71% dos entrevistados eram contrários a modificações

na lei atual do aborto ou acreditavam que o aborto deve ser proibido em todos os casos, enquanto 26% entendiam que o aborto deveria ser legalizado em mais ou todas as situações (DATAFOLHA, 2022).

Em outra pesquisa realizada com vários países em 2021, a *Global Views on Abortion* da Ipsos, o Brasil teve índices de 31% dos entrevistados que acreditavam que o aborto deveria ser permitido sempre que a mulher desejasse realizá-lo e 33% na descriminalização apenas em situações específicas como em caso de estupro (SUPPORT, 2021). Em 2022, a Ipsos realizou outra vez a pesquisa, porém alterando as perguntas, de modo que 47% dos brasileiros entrevistados acreditavam que o aborto deveria ser legalizado em todos ou na maioria dos casos, enquanto apenas 36% acreditavam que ele deveria ser criminalizado sempre ou na maioria dos casos (GLOBALLY, 2022). No entanto, não é possível afirmar que a percepção dos brasileiros sobre o tema foi alterada de forma tão drástica, uma vez que a pesquisa considerou apenas 1.000 indivíduos e corresponde a uma parcela mais urbana, educada e mais rica que a população geral, como advertido pelos próprios pesquisadores (GLOBALLY, 2022).

Desse modo, apesar das diferenças entre os dados coletados, é seguro dizer que a opinião pública dos brasileiros acerca da questão do aborto é mais conservadora, o que reflete nas propostas de campanha dos candidatos à república e nos projetos de lei propostos na Câmara dos Deputados.

2.3 O ABORTO NO GOVERNO BOLSONARO

A vitória de Jair Bolsonaro em 2018, marcada pela substituição da “direita moderada” pela “direita radical”, não é um movimento unicamente brasileiro, sendo parte do cotidiano europeu há pelo menos três décadas e ganhando notoriedade nas Américas a partir da criação do *Tea Party*¹⁹ em 2009 nos Estados Unidos (SANTOS; TANSCHHEIT, 2019, p. 156).

A direita “moderada” brasileira é entendida como aquela que prevaleceu na redemocratização, sendo representada pelo PSDB de 1994 a 2018 (SANTOS; TANSCHHEIT, 2019, p. 156), e cuja agenda consiste na “defesa da economia de mercado e seus desdobramentos nas esferas liberalizantes, tais como a desregulamentação financeira e a privatização de empresas públicas (SANTOS; TANSCHHEIT, 2019, p. 156).

A direita “radical”, da qual o ex-presidente Jair Bolsonaro é o principal expoente no Brasil, se diferencia por ter como principais características: i) uma visão econômica de cunho

¹⁹ “Facção do Partido Republicano responsável por pavimentar o caminho para a eleição de Donald Trump em 2016” (GERVAIS; MORRIS, 2018 apud SANTOS; TANSCHHEIT, 2019)

neoliberal, marcada por uma postura radical de não intervenção do Estado na economia; ii) pautas conservadoras no âmbito comportamental, ingerência do Estado nas escolhas privadas de indivíduos/famílias, como a religião, sexualidade e educação; iii) hostilidade ao sistema político e à forma que é desempenhada a representação política no país (SANTOS; TANSCHKEIT, 2019, p. 157).

Para além de um discurso e uma ideologia conservadora e tipicamente antifeminista, algumas medidas concretas de enfrentamento ao aborto legal também foram colocadas em prática durante o seu governo.

Um caso bastante emblemático ocorreu em agosto de 2020, quando uma menina de 10 anos, residente no Espírito Santo teve seu pedido para a realização de aborto legal²⁰, que já havia sido autorizado judicialmente, negado pelo hospital em Vitória sob a alegação de que havia normativa do Ministério da Saúde que recomenda avaliar o atendimento em casos de mais de 20 semanas de gestação ou peso fetal superior a 500 gramas (VILLA-NOVA, 2020). Segundo o apurado pela jornalista Carolina Villa Nova, a então ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damares Alves, teve participação no caso, enviando “representantes do ministério e aliados políticos que tentaram retardar a interrupção da gravidez e, em uma série de reuniões, pressionaram os responsáveis por conduzir os procedimentos, inclusive oferecendo benfeitorias ao conselho tutelar local” (VILLA-NOVA, 2020). Além disso, é sabido que o hospital capixaba possui entre seus parceiros a Igreja Quadrangular, da qual a ex-ministra Damares foi pastora (VILLA-NOVA, 2020).

Após isso, foi decidido que o procedimento seria realizado em Recife, em centro de saúde ligado à UFPE, porém o abortamento continuou sendo dificultado, ocorrendo inclusive o vazamento da identidade da menina e onde seria realizado o procedimento pelas redes sociais da ativista de extrema direita Sara Giromini (mais conhecida como Sara Winter) e de Pedro Teodoro (VILLA-NOVA, 2020). Com isso, houve uma grande presença de manifestantes contrários ao abortamento, obrigando a criança a entrar escondida no hospital para seguir com o aborto legal (VILLA-NOVA, 2020). Em razão dessa exposição, ela foi posteriormente inscrita no Programa de Proteção a Testemunhas, tendo seu nome e endereço alterados (VILLA-NOVA, 2020).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no entanto, nunca declarou que a sua intervenção foi no sentido de dificultar ou impedir que o aborto fosse realizado e, quando questionado sobre o envio dos representantes ao Espírito Santo, alegou que o fez para

²⁰ Nos casos de gravidez de menina com menos de 14 anos, presume-se que deriva de estupro de incapaz (art. 217-A do Código Penal), aplicando-se a exceção do “aborto ético” prevista no art. 128, II, do Código Penal.

“acompanhar a atuação da rede de proteção à criança vítima e oferecer suporte do MMFDH e da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA), no sentido de fortalecimento da rede de apoio às crianças vítimas de violência” (VILLA-NOVA, 2020).

Outro caso semelhante, ocorreu em 2022, quando uma menina de 11 anos, vítima de estupro, teve seu direito ao aborto legal negado em Santa Catarina e foi retirada do convívio da mãe, passando a viver em um abrigo. A advogada que atuou no caso, Daniela Félix, sofreu uma série de ataques de grupos fundamentalistas nas suas contas profissionais nas redes sociais (GARCIA, 2022).

Menos de um mês após o caso, o Ministério da Saúde editou as Portarias nº 2.282/2020 e 2.561/2020²¹, modificando os procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gravidez antes previstos na Portaria nº 1.508/2005. Com a Portaria nº 2.282/2020, passou a haver um processo de quatro fases para a aprovação da interrupção: i) Termo de Relato Circunstanciado, realizado pela própria gestante perante dois profissionais de saúde e conterá: local, dia e hora aproximada do fato, tipo e forma de violência, descrição dos agentes da conduta, se possível, e identificação de testemunhas, se houver (art. 2, parágrafo único); ii) Parecer Técnico do médico responsável após anamnese, exame físico geral, exame ginecológico, avaliação do laudo ultrassonográfico e demais exames (art. 3º); iii) assinatura da gestante, ou de seu representante legal, do Termo de Responsabilidade (art. 4º); iv) assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Além disso, a Portaria nº 2.561/2020, em seu art. 7º, impôs ao médico responsável a obrigação de comunicar o fato à autoridade policial responsável e preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues à autoridade policial, sob a justificativa de ser pública e incondicionada a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável.

Em outubro de 2020, o Brasil assinou em cerimônia online a “Consenso de Genebra sobre Saúde da Mulher e Fortalecimento da Família”, juntamente com 31 países, em iniciativa liderada por seis países: Brasil, Estados Unidos, Egito, Hungria, Indonésia e Uganda (BRASIL, 2020). O documento busca uniformizar a atuação de governos conservadores em votações sobre a temática dos direitos reprodutivos, educação sexual, legalização do aborto e defesa da família

²¹ Embora não seja o objeto do presente trabalho, é necessário fazer um pequeno apêndice sobre a ADPF nº 737, proposta em conjunto pelos partidos PT, PCdoB, PSB, PSOL e PDT, e a ADI nº 6552, ajuizada pelo Instituto Brasileiro das Organizações Sociais de Saúde (Ibross), que questionam a constitucionalidade da portaria nº 2.282/2020. Em 30/08/2021, no entanto, as duas ações foram julgadas extintas sem resolução de mérito (art. 485, IV do CPC) após a portaria ser revogada pela Portaria nº 2.561/2020.

em órgãos internacionais (BRAUN, 2023). Enfatiza ainda que o aborto não “deve ser promovido como método de planejamento familiar” e que “quaisquer medidas ou mudanças relacionadas ao aborto dentro do sistema de saúde só podem ser determinadas em nível nacional ou local de acordo com o processo legislativo nacional” (BRAUN, 2023). Por fim, afirmam que “não há direito internacional ao aborto, nem qualquer obrigação internacional por parte dos Estados de financiar ou facilitar o aborto.” (BRAUN, 2023)

Após a eleição de Joe Biden em 2021, os Estados Unidos deixaram o acordo e o Brasil passou a assumir maior protagonismo, chegando a liderar o grupo até 08/12/2022, quando transmitiu a liderança à Hungria (BRASIL, 2022).

Em junho de 2022, o Ministério da Saúde lançou ainda o documento “Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento”, sendo duramente criticado por especialistas no assunto por ser contrário à “Diretriz sobre cuidados no aborto”, publicada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no mesmo ano (2022).

Acerca desse documento, o Instituto de Bioética (ANIS) e a Clínica de Direitos Humanos e Direitos Sexuais e Reprodutivos da Faculdade de Direito da UnB (Cravinas) escreveu uma cartilha de esclarecimentos em que alegou que ele “não é baseado nas melhores evidências científicas disponíveis sobre o tema e não promove um atendimento humanizado e acolhedor para meninas e mulheres” (RONDON et al., 2022). Informou ainda que, embora o Ministério da Saúde tenha seguido até 2018 reconhecida tradição de produzir documentos baseados em evidências e alinhados à OMS, ele haveria rompido com essa responsabilidade ao criar documento com orientações “baseadas em casos episódicos ou em avaliações morais, sem qualquer respaldo científico ou normativo” (RONDON et al., 2022).

Apontam ainda que o documento escrito pelo Ministério contém informações falsas, incompletas, tendenciosas e discriminatórias como: “Não existe aborto legal” (BRASIL, 2022, p. 14). A essa afirmação, as pesquisadoras deram a seguinte interpretação:

Falso. Não há qualquer equívoco no termo “aborto legal”. Aborto legal nada mais é que aborto autorizado por lei e, portanto, possível de ser realizado dentro da legalidade, sem que haja punição. O próprio documento do Ministério da Saúde admite, na página 23, que “a punibilidade integra o conceito de crime e, nessa perspectiva, o crime seria, de plano, afastado”.

O destaque sobre a afirmação “não existe aborto legal” parece uma tentativa do MS de confundir sobre a licitude do procedimento realizado dentro das hipóteses legais, tendo em vista que o próprio documento admite ser uma discussão sem relevância.

A expressão “aborto legal”, portanto, é amplamente utilizada em documentos técnicos de saúde e em doutrinas jurídicas que abordam a questão, exatamente porque se refere às possibilidades previstas em lei de realização do aborto. (RONDON et al., 2022, p. 12, grifos no original)

Assim, o documento do Ministério continua afirmando que “Todo aborto é um crime, mas quando comprovadas as situações de excludente de ilicitude após investigação policial, ele deixa de ser punido, como a interrupção da gravidez por risco materno.” (BRASIL, 2022, p. 14). Na cartilha de esclarecimentos, todavia, essa informação é tida como falsa:

Falso. Como visto acima, o aborto não é crime em três hipóteses, por força de expressa previsão legal (art. 128, Código Penal) e decisão do STF (ADPF 54). Não deve haver qualquer investigação policial em nenhuma das hipóteses.

Especialmente nos abortos em caso de risco à pessoa que gesta, é flagrantemente inconstitucional que se exija investigação policial para autorização do procedimento. Não há competência técnica ou legal das autoridades policiais para decidir sobre esses casos. O argumento do trecho pode gerar grave insegurança jurídica aos profissionais, que temerão uma investigação sobre cada decisão de cuidado que tomem sobre as mulheres. Deve, portanto, ser de plano afastada. (RONDON et al., 2022, p. 12, grifos no original)

O Ministério garante que intrauterina sempre recebeu proteção, cível e penal, e até mesmo os direitos patrimoniais do nascituro são assegurados, assim “Não haveria lógica em garantir o direito ao patrimônio, sem assegurar o direito pressuposto, qual seja o direito a nascer.” (BRASIL, 2022, p. 21). Veja a análise feita pelas pesquisadoras:

Tendencioso. A vida em potencial nunca recebeu proteção absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, mas, sim, proporcional à etapa do desenvolvimento biológico. Evidência disso é que, no campo do direito civil, a personalidade civil, fundamento de todos os direitos subjetivos, existe apenas a partir do nascimento com vida (art. 2º, Código Civil). Assim, na lei brasileira, há uma proteção gradual conferida ao feto, o que não é o mesmo que reconhecê-lo como uma pessoa titular de direitos fundamentais. Como já reconheceu o STF, no julgamento da ADI 3510, em 2008: “o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana”. (RONDON et al., 2022, p. 13, grifos no original)

O documento do Ministério demonstra ainda uma preocupação semelhante com aquela exarada nas Portaria nº 2.561/2020, ou seja, investigar não o aborto, mas o estupro que justificaria o aborto legal, determinando a notificação dos estupros que ensejam interrupção de gravidez, com preservação de material para fins periciais. Assim, a portaria é citada com a seguinte ressalva: “Importante consignar que essa iniciativa não objetiva verificar se a mulher faltou com a verdade ao noticiar ter engravidado em relação sexual forçada, mas fazer com que o aparato repressivo crie condições para identificar e punir o agressor” (BRASIL, 2022, p. 23). A cartilha de esclarecimentos, no entanto, classifica essa informação como incompleta, confira:

Incompleto. Não é função do Ministério da Saúde, nem dos profissionais da saúde, “investigar estupro” nem “investigar aborto”, tampouco provocar qualquer investigação pelas autoridades policiais. Em regra, as informações sobre a violência sexual devem ser remetidas às autoridades policiais de maneira anonimizada e

consolidada (vide art. 3º da Lei nº 10.778/03, em conjunto com os arts. 14-D e 14 E da Portaria GM/ MS nº 78/21). Isso visa proteger a integridade de mulheres e meninas, tendo em vista que estas podem não se sentir, naquele momento em que buscam atendimento de saúde, preparadas para uma denúncia criminal, e que fatores como a proximidade com o agressor e as falhas do sistema de justiça criminal em proteger as mulheres podem fazer com que a quebra de sigilo as exponha a uma nova violência. (RONDON et al., 2022, p. 13, grifos no original)

Em um último exemplo para o presente trabalho, o Ministério ainda alegou que “esses profissionais têm segurança jurídica para, atuando em conformidade com as diretrizes e princípios de seu código de ética, promoverem a notificação de quaisquer crimes às autoridades competentes.” (BRASIL, 2022, p. 17). Em contraponto, as pesquisadoras julgaram falso o dispositivo:

Falso. As diretrizes e princípios éticos não permitem que casos individualizados sejam notificados à autoridade policial, exceto a partir de expressa requisição e consentimento da mulher vítima (vide art. 3º da Lei nº 10.778/03, em conjunto com os arts. 14-D e 14 E da Portaria GM/ MS nº 78/21). O compartilhamento de dados capazes de identificar as mulheres sem seu consentimento configura violação do sigilo profissional sem qualquer justa causa, hipótese em que os profissionais incorrem em crime previsto no art 154 do Código Penal.

A partir do exposto acima, buscou-se resumir como foi o trato da questão do aborto pelo Poder Executivo durante o governo Bolsonaro, marcado por uma agenda com pautas conservadoras no âmbito comportamental, ingerência do Estado nas escolhas privadas de indivíduos, e proteção a “valores” como a família e a religião (SANTOS; TANSCHHEIT, 2019, p. 157).

Ante essa forma mais repressiva de lidar com o tema, não apenas no discurso, mas por meio de ações diretas, é possível relacionar os retrocessos ocorridos no período do seu governo com o conceito de *backlash* (DANTAS; CARDOSO, 2020), por aparentar ser um movimento de explosão violenta após um período em que os debates sobre o aborto já não se manifestavam de forma tão aguda, mas que crescia desde a saída do Partido dos Trabalhadores (PT) do poder em 2016 e o crescimento da “direita radical” no país (SANTOS; TANSCHHEIT, 2019, p. 157).

2.4 DEBATES DURANTE AS ELEIÇÕES E TRATAMENTO DADO AO ABORTO NO PERÍODO DE TRANSIÇÃO PARA O GOVERNO LULA

Com relação à cúpula do Poder Executivo, o Brasil encontra-se em um processo transitório de um governo de extrema-direita, que se colocava como um defensor de valores cristãos e da família, para um governo de esquerda que, embora menos apegado a esses ideais, também

já se posicionou publicamente contra o aborto voluntário fora das hipóteses legais (SCHREIBER, 2022).

Nos programas de governo dos dois candidatos que foram para o segundo turno, Luiz Inácio Lula da Silva (TSE, Lula, 2022) e Jair Messias Bolsonaro (TSE, Bolsonaro, 2022), não há qualquer menção expressa às palavras “aborto” ou “abortamento”, nem a “direitos reprodutivos”, enquanto palavras-chave. Apenas no programa de Bolsonaro aparece o termo “nascituro” duas vezes, referindo à proteção da vida intrauterina (TSE, Bolsonaro, 2022).

Dentre os candidatos do primeiro turno, apenas o projeto de governo dos candidatos Léo Péricles (Unidade Popular – UP) (TSE, Léo Péricles, 2022), Vera (Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU) (TSE, Vera, 2022) e Sofia Manzano (Partido Comunista Brasileiro – PCB) (TSE, Sofia Manzano, 2022) trazem a “legalização do aborto” como propostas. Já os candidatos Padre Kelmon (Partido Trabalhista Brasileiro – PTB) (TSE, Padre Kelmon, 2022) e Pablo Marçal (Partido Republicano da Ordem Social – PROS – candidatura cancelada) (TSE, Pablo Marçal, 2022), embora não utilizassem a palavra aborto, assumiram compromisso com a proteção da vida desde a concepção.

A candidata Simone Tebet (Movimento Democrático Brasileiro – MDB), terceira mais votada no primeiro turno com 4,16% dos votos válidos (TSE, 2022, Resultados), apesar de estar em uma chapa composta por duas mulheres, não possuía em seu plano de governo qualquer menção às palavras “aborto”, “direitos reprodutivos” ou “nascituro”, apenas comprometendo-se a “garantir às mulheres o direito ao planejamento familiar” (TSE, Simone Tebet, 2022).

Em entrevista em 2022, o então candidato à presidência Lula condenou o quadro de desigualdade social em que mulheres pobres morrem ao tentar interromper uma gravidez enquanto “madame pode fazer um aborto em Paris, ir para Berlim procurar uma clínica boa” (ASSIS, 2022). Após sofrer duras críticas pela fala, ele afirmou que é contra o aborto e que a discussão deveria ser levada a cabo pelo legislativo, mas que é necessário entender que “a mulher tem supremacia sobre o seu corpo” (G1, 2022).

No entanto, logo após a sua posse, o presidente Lula e a Ministra da Saúde, Nísia Trindade Lima, já demonstraram que pretendem dar um tratamento diferente daquele dado ao aborto pelo governo anterior.

Nesse sentido, foram revogadas as Portarias nº 2.282/2020 e 2.561/2020, que modificavam os procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gravidez, retornando ao estágio anterior regulado pela Portaria nº 1.508/2005. Importante ressaltar que a revogação da portaria não importa em qualquer alteração na legislação, apenas retomando às orientações

anteriores do Ministério da Saúde, retirando a determinação de que houvesse um comunicado à autoridade policial por parte do profissional de saúde.

Em entrevista à CNN, questionada sobre as críticas realizadas pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) a Ministra reforçou que o ministério atuará em “defesa da vida, das boas condições da igualdade e principalmente da proteção das nossas famílias e nenhum governo fará isso de forma mais clara e mais assertiva do que o governo do presidente Lula” (ROCHA; BASÍLIA, 2023) e que a o conselho é “tão importante para a questão não só religiosa, mas democrática no nosso país e direitos da nossa sociedade.” (ROCHA; BASÍLIA, 2023).

Além disso, foi anunciado no dia 17/01/2023 que o Brasil se desligará do chamado “Consenso de Genebra sobre Saúde da Mulher e Fortalecimento da Família”, “com o objetivo de melhor promover e defender os mais altos padrões dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em linha com a legislação brasileira e os compromissos assumidos pelo país no plano regional e multilateral.” (BRASIL, 2023), segundo a nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Saúde, do Ministério das Mulheres e do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania.

Nesse sentido, o Governo brasileiro decidiu desligar-se da Declaração do Consenso de Genebra sobre Saúde da Mulher e Fortalecimento da Família. O Brasil considera que o referido documento contém entendimento limitativo dos direitos sexuais e reprodutivos e do conceito de família e pode comprometer a plena implementação da legislação nacional sobre a matéria, incluídos os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS). O Governo reitera o firme compromisso de promover a garantia efetiva e abrangente da saúde da mulher, em linha com o que dispõem a legislação nacional e as políticas sanitárias em vigor sobre essa temática, bem como o pleno respeito às diferentes configurações familiares.

Na mesma nota, divulgou-se ainda “a decisão brasileira de associar-se ao Compromisso de Santiago (‘Um instrumento regional para responder à crise da COVID-19 com igualdade de gênero’), adotado em 31 de janeiro de 2020, por ocasião da XIV Conferência Regional sobre a Situação da Mulher da América Latina e do Caribe (CRM/CEPAL)” (BRASIL, 2023), bem como de aderir “à Declaração do Panamá (‘Construindo pontes para um novo pacto social e econômico gerido por mulheres’), aprovado pela 39ª Assembleia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres (CIM/OEA), realizada entre 25 e 26 de maio de 2022.” (BRASIL, 2023).

O Governo entende que o Compromisso de Santiago e a Declaração do Panamá estão plenamente alinhados com a legislação brasileira pertinente, em particular no que respeita à promoção da igualdade e da equidade de gênero em diferentes esferas, à participação política das mulheres, ao combate a todas as formas de violência e discriminação, bem como aos direitos sexuais e reprodutivos. Ao associar-se aos

referidos instrumentos, o Brasil passará a dispor de ferramentas valiosas para coordenação e promoção de políticas a fim de garantir os direitos das mulheres no âmbito regional e hemisférico, fortalecendo, desse modo, a interlocução técnica e o potencial para cooperação multilateral sobre os temas. (BRASIL, 2023)

Assim, ainda que tenham sido realizadas poucas alterações no regime jurídico brasileiro, o governo Lula demonstra uma permeabilidade muito maior às pautas feministas, em especial na temática do aborto. Ao mesmo tempo, a Ministra das Mulheres, Cida Gonçalves, ante a composição do Congresso, alegou em entrevista que seus esforços serão para que as mulheres não percam nenhum direito, mas que não será o ministério ou a ministra a definir o debate do aborto (CORTÊZ, 2023).

2.5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar nos principais casos do Tribunal acerca dos direitos reprodutivos femininos, é necessário compreender o papel institucional de um órgão tão central nesse debate.

A Constituição Federal de 1988 conferiu especial relevância ao Supremo Tribunal Federal (STF) ao ampliar o número de ações que podem ser propostas originariamente no Tribunal, combinando nele os papéis de Corte Constitucional e de órgão de cúpula do Poder Judiciário (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.091). As competências originárias do STF encontram-se no art. 102, I, da CF e destacam-se por possibilitar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como o controle da omissão institucional. Veja-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a **ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]

§ 1º A **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Art. 103. [...]

§ 2º Declarada a **inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Note que, embora a Constituição Federal cite apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADC), esta última a partir da EC nº 3/1993, ela traz no seu art. 103, § 2º, a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por omissão do poder público, o que possibilitou a regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) pela Lei nº 12.063/09.

Todas as ações acima citadas são consideradas ações de controle constitucional concentrado, pois se iniciam já no STF, e abstrato, pois questionam a constitucionalidade da norma sem se valer de um caso concreto (PRETTO, P. e PRETTO, R., 2017, p. 419). A Constituição adota também um sistema de controle difuso e concreto, que permite a qualquer juízo ou tribunal discutir a constitucionalidade de uma lei embasando-se em caso concreto (PRETTO, P. e PRETTO, R., 2017, p. 419).

O sistema brasileiro, portanto, conjuga o modelo austríaco, de controle concentrado, e o modelo norte americano, de controle difuso. O primeiro é conhecido por designar um órgão especializado (Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional) em decisões acerca da constitucionalidade das leis, podendo inclusive atuar de forma paralela à estrutura do Poder Judiciário (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176). O modelo americano, todavia, permite que todas as instâncias judiciais realizem o controle de constitucionalidade, cabendo ao Órgão de cúpula do Poder Judiciário (Suprema Corte ou Supremo Tribunal) decidir à última instância recursal (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.176).

Nesse sentido, a ADPF 54 possuía como objeto a inconstitucionalidade da interpretação que inclui os abortos realizados em fetos anencefálicos como crime de aborto com o consentimento da gestante ou por ela provocado, isto é, a conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal (STF, 2012).

Segundo o voto vencedor do Min. Marco Aurélio (2012), relator do caso, a anencefalia impede a vida extrauterina, carecendo de bem jurídico a ser protegido pela ausência de vida potencial, não sendo possível impor o sofrimento de manter a gestação à mulher, especialmente em um estado laico que deve reger-se por seus próprios princípios e não por valores religiosos. Assim, o STF entendeu que não se configura aborto a antecipação do parto de feto anencefálico, expandindo-se a interpretação a outras enfermidades que inviabilizem completamente a vida (STF, 2012, voto Vencedor).

A votação, todavia, não foi unânime e cabe ressaltar alguns argumentos utilizados pelos dois ministros que se opuseram. O Min. Lewandowski alegou principalmente que uma de-

cisão que permitisse a interrupção da gravidez seria ultrapassar os limites da interpretação conforme à constituição, tomando para o judiciário poderes dedicados exclusivamente ao legislativo (STF, 2012, voto Vencido). O Min. Cezar Peluso, por sua vez, argumentou que os fetos anencefálicos possuem parte do encéfalo e que não pode ser feita analogia com a morte encefálica, considerada para a doação de órgãos, por ser essa puramente operacional para salvar vidas, mesmo intuito do aborto terapêutico já permitido (STF, 2012, voto Vencido).

Ademais, a ADI 5.581, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), visava dar interpretação conforme à constituição aos §§ 2º e 3º do art. 18 da Lei n. 13.301/2016 para que, além de outros pedidos, fosse permitida a interrupção da gravidez àquelas mulheres contaminadas pelo Zika vírus em razão da epidemia da doença que causa microcefalia (STF, 2020). O plenário do STF, entretanto, não chegou a analisar o mérito da questão e julgou prejudicada a ADI pela ilegitimidade passiva da associação, ao inexistir nexo de afinidade entre os objetivos institucionais e o conteúdo da norma impugnada (STF, 2020).

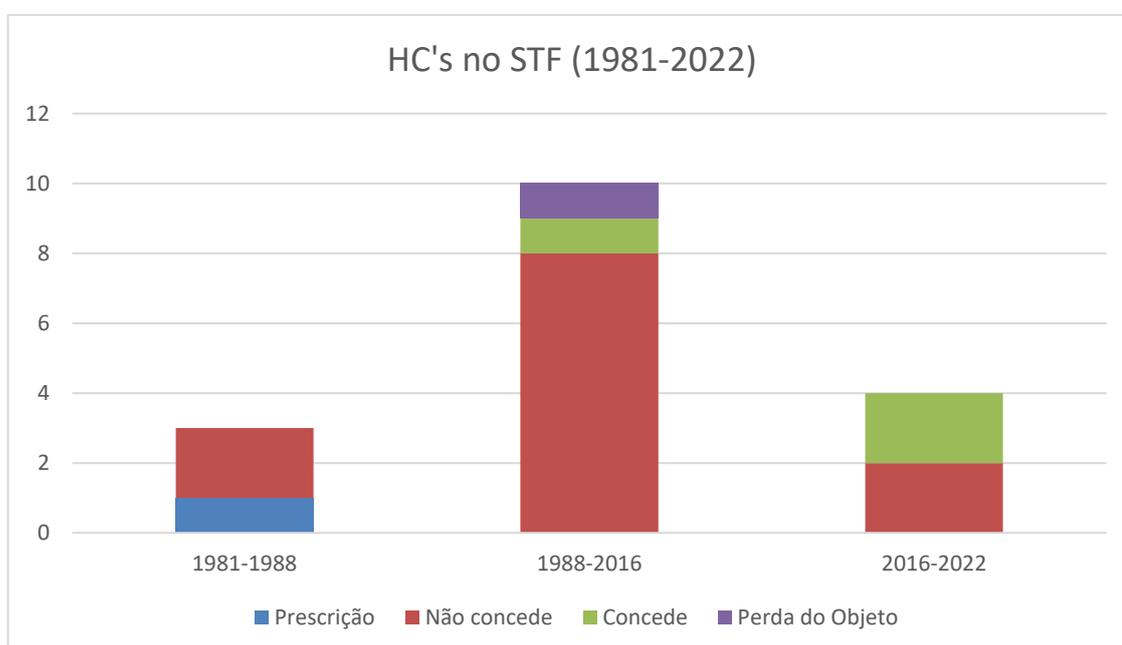
Por fim, está aguardando julgamento no STF a ADPF 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a qual questiona a legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário, uma vez que violariam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição à tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º) (STF, 2017, Petição Inicial).

Embora ainda não haja um acórdão, foi realizada audiência pública em 2018 contando com a participação das mais diversas entidades defendendo diferentes posicionamentos. Foram juntadas aos autos as manifestações da Presidência da República, da Câmara e do Senado Federal, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, todas contrárias aos pleitos da inicial (STF, 2017, Petição Inicial). Tendo em vista a sua relevância e a repercussão que adquiriu durante a audiência pública, a ADPF será melhor analisada no Capítulo 4 deste trabalho.

Com relação ao controle concreto de constitucionalidade, ele é realizado pelo STF em uma série de ações, dentre as quais o Recurso Extraordinário (RE), Reclamação (Rcl) e o Habeas Corpus (HC) se destacam. Na temática da interrupção voluntária da gravidez, por se tratar de conduta tipificada pelo Código Penal (art. 124), a ação mais relevante é o Habeas Corpus, pois permite que sejam libertos aqueles que sofram ou estejam ameaçados de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LXVIII, CF).

Em pesquisa de jurisprudência no *website* do STF, considerando apenas as ações de *habeas corpus* e utilizando como palavra-chave “aborto”, com filtro para os artigos 124²² e 126²³ do Código Penal (concomitante e separadamente), fui capaz de localizar 13 resultados que datam de 1981 a 2021 (STF, 2022). Posteriormente, busquei apenas a palavra-chave “aborto” e utilizei um filtro para HCs, encontrando 47 resultados que analisei um a um, até localizar outros 4 casos de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (STF, 2022)²⁴. Veja um resumo de como a corte se posicionou no gráfico abaixo:

GRÁFICO 2



Fonte: elaboração própria.

Nota-se pela observação do gráfico acima que, durante os 41 anos de precedentes analisados, há uma larga maioria de HC's negados, com apenas três recursos bem-sucedidos (HC

²² Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&legislacoes=CP-1940:1940:art:124:inc::let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=aborto&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 5 dez. 2022.

²³ Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&legislacoes=CP-1940:1940:art:126:inc::let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=aborto&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 5 dez. 2022.

²⁴ Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&page=1&pageSize=10&queryString=aborto&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 5 dez. 2022.

88.157, HC 124.306 e HC 129.734). Além disso, em um caso o habeas corpus não foi concedido, mas a ordem foi concedida de ofício em razão da prescrição do crime (HC 61.337), enquanto em outro foi declarada a perda do objeto de *habeas corpus* preventivo em razão da realização do parto antes do julgamento da demanda (HC 84.025).

Dentre todos os recursos estudados durante a pesquisa de jurisprudência, o HC 124.306 de 2016 se mostrou o mais relevante para a compreensão da temática do aborto no STF por conceder a ordem a cinco profissionais da saúde presos em flagrante ante o suposto cometimento dos crimes descritos no Código Penal, art. 288 (formação de quadrilha), combinado com o art. 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante), em concurso material (por quatro vezes).

No acórdão, os Ministros da Primeira Turma optaram por não conhecer da impetração, mas conceder a ordem, de ofício, dando interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (STF, 2016).

Realizada essa digressão acerca dos aspectos procedimentais das ações de controle de constitucionalidade no Brasil, é necessário compreender os limites e polêmicas que residem nesse papel tão político do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, o presente trabalho visa compreender o papel do Supremo Tribunal Federal no trato dos direitos reprodutivos femininos, com ênfase no aborto consensual nas demandas de controle de constitucionalidade abstrato e concreto. Assim, nos próximos capítulos, realizarei uma análise detalhada dos acórdãos de alguns casos emblemáticos, comparando-os com as soluções encontradas por outros países, o contexto social em que aquela decisão se inseriu e o papel jurídico-político desempenhado pelas suas respectivas cortes constitucionais.

CAPÍTULO 3 – O Habeas Corpus 124.306, no Brasil, e o Caso Roe v. Wade, nos Estados Unidos

3.1 O INSTITUTO DO HABEAS CORPUS E A DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR

O *habeas corpus* está previsto no artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República de 1988, podendo ser descrito como uma ação autônoma de impugnação da decisão judicial de natureza constitucional (DIDIER, 2016, p. 89) capaz de restaurar a liberdade de locomoção daquele que sofra (ou esteja ameaçado de sofrer) violência ou coerção por ilegalidade ou abuso de poder (BRASIL, 1988).

Qualquer indivíduo pode ajuizá-lo, independentemente de advogado, seja em defesa de interesse próprio ou alheio, sem se restringir às formalidades como outras ações e recursos (MARQUES, 1997, p. 376), bastando que a petição não seja apócrifa (BARUFFINI, 2005, p. 140). A gratuidade, sem sujeição a pagamento de custas ou honorários sucumbenciais e a celeridade de tramitação, com pronta resposta em face da violação da liberdade de alguém (NUCCI, 2017, p. 27), são outras de suas características marcantes.

Não resta dúvidas, portanto, da sua relevância, ao permitir a proteção de um direito tão caro em um país com 661.915 pessoas encarceradas em celas físicas segundo dados do período de janeiro a junho de 2022 disponibilizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN (DEPEN, 2022).

Faz-se necessário observar que para que um *habeas corpus* seja julgado no STF, é necessário que seja paciente uma autoridade que dispõe de foro por prerrogativa ou que o ato coator seja advindo de tribunal superior²⁵, conforme o art. 102, inciso I, alínea d, da CF/88²⁶.

Ocorre que, com a possibilidade de impetrar *habeas corpus* de ato coator de tribunal superior, tornou-se mais fácil que o caso de um cidadão comum seja julgado pelo STF, uma vez que ele poderia impetrar HC's sucessivos até que fosse proferida uma decisão por tribunal

²⁵ É dizer, que a decisão judicial impugnada foi proferida pelo próprio STF ou pelo STJ, TST, TSE ou STM.

²⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL, 1988)

superior, quando seria passível de questionamento pelo STF (NUCCI, 2017, p. 78). Após essa decisão do tribunal, caso o resultado seja desfavorável para o réu, ainda seria possível impetrar novo uma nova ação que seria julgada novamente pelas cortes superiores (NUCCI, 2017, p. 79).

Daí que o *habeas corpus* passou a exercer também uma função de controle de constitucionalidade e não mais apenas de um remédio constitucional (MORAIS, 2017, p. 405).

Nesse sentido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus foi a segunda classe processual mais frequente, chegando a 19,5%, atrás apenas do Agravo em Recurso Extraordinário que totaliza 50% das ações (BITTENCOURT, M., 2021, p. 36). Já no âmbito criminal, os HC's correspondiam a 48,65% das ações em tramitação na Corte entre 2013 e 2017 (FALCÃO, 2019, p. 22).

É possível dizer, então, que, por possuir menos requisitos formais que outros recursos como o Recurso Extraordinário, o *habeas corpus* hoje é a via processual utilizada preferencialmente para a discussão da constitucionalidade de leis afeitas ao Direito Penal (MORAIS, 2017, p. 405).

É nesse contexto que surge o HC 124.306, ajuizado no STF em 18/09/2014. O debate iniciou-se na 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, sob o nº 001449-75.2013.8.19.0021, a partir do deferimento da liberdade provisória a Rosemere Aparecida Ferreira, técnica em enfermagem, e a Edilson dos Santos, policial civil, seu esposo e **segurança da clínica**. Ambos foram presos em flagrante “ante o suposto cometimento dos crimes descritos no artigo 288 (formação de quadrilha), combinado com o 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante), em concurso material – por quatro vezes –, ambos do Código Penal²⁷” (STF, 2014, decisão liminar, p. 1-2).

Irresignado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso em sentido estrito pelo, sobre o qual deu provimento a 4ª Câmara Criminal, por consignar presentes os requisitos autorizadores da custódia e determinou a expedição de mandados de prisão contra os pacientes (STF, 2014, decisão liminar, p. 2).

Contra esse ato, foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC nº 290.341/RJ), alegando a insubsistência dos motivos a justificarem a constrição e ressaltou que, se fossem condenados, cumpririam a pena em regime diverso do fechado. No entanto, a Sexta Turma não conheceu da ação, em virtude da natureza substitutiva de recurso especial e

²⁷ Paralelamente às investigações acerca dos crimes de aborto, foram realizadas investigações em relação ao desaparecimento e morte de Jandira Magdalena dos Santos Cruz, no entanto essas suspeitas não estavam o objeto do HC 124.306 e por isso não serão analisadas no presente Trabalho.

asseverou a legalidade da custódia, pois fundada em elementos concretos, consubstanciados na gravidade e na reprovabilidade das condutas imputadas (STF, 2014, decisão liminar, p. 2).

O HC 124.306 impetrado no STF questiona, portanto, o pronunciamento da Sexta Turma do STJ, sob os fundamentos de que a constrição implementada estaria a constituir antecipação da pena e que não há necessidade de segregação, bem como inexistiu qualquer tentativa de fuga durante o flagrante (STF, 2014, decisão liminar, p. 2). Destaca ainda “a presença de condições pessoais favoráveis – primariedade e residência fixa no distrito da culpa – e o princípio da homogeneidade, ante a desproporcionalidade entre a prisão e uma eventual condenação que terá regime de cumprimento mais brando.” (STF, 2014, decisão liminar, p. 2).

Na decisão que deferiu o pedido liminar, o Relator, Min. Marco Aurélio desaprovou a mitigação do *habeas corpus* pelo acórdão impugnado do STJ, para ele seriam: “Tempos complicados, em que o próprio Judiciário mitiga a envergadura maior do *habeas corpus*. Nada, absolutamente nada, justifica a mitigação dessa ação nobre.” (STF, 2014, decisão liminar, p. 3).

Para o Ministro, a culpa deveria ser apurada antes da prisão, não bastando que houvesse tentativa de fuga no momento do flagrante para se presumir a periculosidade, tratando-se inclusive de ato próprio ao “direito natural” (STF, 2014, decisão liminar, p. 3). Confira:

No mais, observem que se deve apurar para, formada a culpa, prender. O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ percebeu essa premissa, vindo o Ministério Público a interpor recurso em sentido estrito quanto ao afastamento da custódia. Então, à mercê da imputação, apontou-se a periculosidade dos agentes, mencionando-se, mais, que, no momento do flagrante, tentaram fugir. **Tem-se que, a persistir o primeiro fundamento, a presunção da periculosidade, haverá custódia preventiva automática ante o flagrante.** Relativamente ao fato de os pacientes haverem tentado furtar-se a este último, **trata-se de ato próprio a direito natural.** (STF, 2014, decisão liminar, p. 3)

Assim, foi deferido o pedido liminar e foram expedidos os alvarás de soltura, estendendo-se a medida acauteladora ao corréu Carlos Eduardo de Souza Pinto (STF, 2014, decisão liminar, p. 3). Em 2015, em nova decisão monocrática, o Min. Relator deferiu a extensão da medida acauteladora aos corréus Débora Dias Ferreira e Jadir Messias da Silva pelos mesmos fundamentos (STF, 2015, decisão monocrática, p. 2). Em seguida, foi julgado o mérito da questão, conforme será analisado no tópico abaixo.

3.2 OS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DOS VOTOS VENCIDOS E VENCEDOR

No julgamento do mérito da questão, o Relator da Ação, Min. Marco Aurélio, manteve os mesmos fundamentos utilizados no deferimento da medida cautelar, de modo que votou pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e, por extensão, dos corréus (STF, 2016, voto vencido, p. 2).

Para ele, a liberdade dos acusados não oferece risco ao processo, o que se comprova pela instrução criminal que tem transcorrido normalmente desde que foi deferida a medida liminar (STF, 2016, voto vencido, p. 1). Assim, não haveria elementos concretos que justificariam restaurar a prisão preventiva, não sendo possível levar em conta, unicamente, a gravidade da imputação, sob pena de ferir o princípio da não culpabilidade (STF, 2016, voto vencido, p. 2).

Em resumo, seu voto não avaliou a constitucionalidade ou não da criminalização do aborto realizado com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal), tendo inclusive considerado ser essa uma conduta grave, porém deferiu o *habeas corpus* com base puramente em argumentos de direito processual penal, mais especificamente a ausência dos requisitos para a prisão preventiva (STF, 2016, voto vencido, p. 2).

Após pedir vista, o Min. Luís Roberto Barroso inaugurou a divergência com os seguintes fundamentos: i) não é cabível o *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional, devendo, no entanto, ser concedida a ordem de ofício em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria; ii) estão ausentes os requisitos do art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva; iii) a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (STF, 2016, voto vencedor, p. 3).

Tendo em vista o tema no presente trabalho, iremos nos ater à análise dos argumentos utilizados pelo Ministro para considerar inconstitucional a criminalização prática do aborto.

Antes de tudo, o Ministro aponta que a criminalização de uma conduta exige que se esteja protegendo um bem jurídico relevante, que o comportamento criminalizado não seja o exercício legítimo de um direito constitucional e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal, o que não ocorre no caso em comento, possibilitando afastar a aplicação da prisão preventiva pela inexistência de crime que a justifique (STF, 2016, voto vencedor, p. 3).

Com o fim de superar a controvérsia acerca do momento em que se inicia a vida (na concepção ou a partir da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de

consciência), sem depender de uma escolha religiosa ou filosófica a respeito da vida, o ministro se apoia na ideia de ser impossível que o embrião subsista fora do útero materno, surgindo daí a limitação temporal por ele proposta (STF, 2016, voto vencedor, p. 8). Essa simples distinção permite que a questão seja analisada ante a dependência do embrião do corpo da gestante, colocando a mulher em destaque no debate do aborto (STF, 2016, voto vencedor, p. 8-9).

Dentre os direitos fundamentais afetados, ele cita a violação à autonomia da mulher, “que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana” (STF, 2016, voto vencedor, p. 9). Isso porque ela expressa o direito se fazer escolhas existenciais básicas e tomar suas próprias decisões morais sobre o rumo de sua vida, não cabendo ao Estado impor a uma mulher a manutenção de uma gravidez em suas semanas iniciais “como se se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?” (STF, 2016, voto vencedor, p. 9).

Em segundo lugar, alega-se que a criminalização da prática afeta a integridade física e psíquica da mulher (CF/1988, art. 5º, caput e III) (STF, 2016, voto vencedor, p. 10). Isso porque o processo natural da gravidez gera transformações, riscos e consequências ao corpo da mulher que podem se tornar um tormento em uma gravidez indesejada (STF, 2016, voto vencedor, p. 10). Com relação à saúde psíquica, a assunção de uma obrigação para toda a vida, inclusive com toda a renúncia, dedicação e comprometimento necessários para criar outro ser pode se transformar em sofrimento quando advindos de uma imposição heterônoma (STF, 2016, voto vencedor, p. 10).

Aponta ainda que há uma violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres (STF, 2016, voto vencedor, p. 10). Isso porque retira delas o direito de decidir sobre “se” e “quando” desejam ter filhos, sem que haja discriminação, coerção ou violência, bem como que possam obter o maior grau de saúde sexual e reprodutiva (STF, 2016, voto vencedor, p. 10). Para o ministro, o reconhecimento desse direito percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim (STF, 2016, voto vencedor, p. 11). Assim, a tipificação do aborto voluntário afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva, pois retira da mulher a possibilidade de decidir, além de prejudicar sua saúde reprodutiva, ao aumentar as taxas de mortalidade materna e de outras complicações derivadas do acesso restrito à assistência de saúde adequada (STF, 2016, voto vencedor, p. 11).

A igualdade de gênero também é afetada pela criminalização, uma vez que a “histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social.” (STF, 2016, voto vencedor, p. 12). Assim, a igualdade plena somente seria alcançada se a mulher puder decidir acerca da manutenção ou não da gravidez, uma vez que cabe a ela o seu ônus integral (STF, 2016, voto vencedor, p. 12). Lembra ainda quando o Min. Ayres Britto, no julgamento da ADPF-54, se valeu da frase histórica do movimento feminista: “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta” (STF, 2016, voto vencedor, p. 12).

Por fim, a tipificação produziria ainda a discriminação social, pois prejudica desproporcionalmente as mulheres pobres, que não possuem acesso a médicos e clínicas particulares, pois os procedimentos abortivos não são oferecidos pelo SUS (STF, 2016, voto vencedor, p. 12). Essas mulheres, portanto, acabam por recorrer a clínicas clandestinas sem a infraestrutura médica adequada, expondo-se a riscos de lesões, mutações ou óbito (STF, 2016, voto vencedor, p. 12).

O ministro continua sua fundamentação a partir da violação ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (STF, 2016, voto vencedor, p. 12). Em suma, a haveria proporcionalidade, apenas se a tipificação penal: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (subprincípio da adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (subprincípio da necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito) (STF, 2016, voto vencedor, p. 12).

Em um pequeno apêndice, comento acerca do voto do Min. Edson Fachin que acompanhou o voto vencedor e, curiosamente, realizou “nota *a latere*” na qual informou que o Papa Francisco teria acentuado a possibilidade de absolvição a mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez, após a confissão²⁸ (STF, 2016, voto vencedor).

A Min. Rosa Weber concordou com a solução e os fundamentos encontrados pelo Min. Barroso, mas apresentou voto concorrente, trazendo alguns argumentos adicionais. Para ela, a discussão é uma das questões jurídicas mais delicadas, pois envolve sensibilidades de ordem ética, moral e religiosa, especialmente desta última, que guiaram o debate do tema na arena

²⁸ Essa informação teria sido veiculada à página 44 da revista Carta Capital, há uma notícia da Carta Apostólica “Misericordia et Misera” do Papa Francisco.

social, política e mesmo acadêmica (ainda que em menor grau) (STF, 2016, voto concorrente, p. 2). Uma análise jurídica do tema pelo STF, no entanto, deveria ser pautada pelos princípios constitucionais, adotando-se, enquanto Estado, uma postura de neutralidade quanto às questões de ética privada (STF, 2016, voto concorrente, p. 2).

Assim, cabia à Turma, decidir de forma que fosse, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados (STF, 2016, voto concorrente, p. 14).

A ministra utilizou-se também de experiências da jurisdição comparada, citando o caso americano *Roe v. Wade*, o caso *Caso Artavia-Murillo (Fecundación In Vitro) x Costa Rica* (2012) julgado pela Corte Interamericana, bem como a interpretação dada ao tema pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Paton vs. Reino Unido*, *Vo vs. França*, *Evans vs. Reino Unido*, *A, B, and C vs. Irlanda* (STF, 2016, voto concorrente, p. 5-12).

Com base em fundamentos empíricos e sociais, ela também pôde concluir que a criminalização da interrupção voluntária da gestação não é “uma escolha política constitucionalmente amparada para dirimir os problemas que envolvem o aborto, tendo em consideração a necessidade de tutela dos direitos envolvidos, bem como porque não tutela o bem vida pretendido” (STF, 2016, voto concorrente, p. 4).

Da simples comparação entre os votos acima analisados, nota-se que o Min. Marco Aurélio se ateu às normas jurídicas processuais, solucionando a lide a partir de argumentos puramente jurídicos acerca da aplicabilidade ou não da prisão preventiva ao caso, esquivando-se de toda a polêmica inerente ao debate sobre aborto. O Min. Barroso e os ministros que o acompanharam, por outro lado, compreenderam a relevância e interdisciplinaridade do tema, incorporando argumentos e estudos de importantes atores sociais e políticos ao debate jurídico.

Isso é notável pela quantidade de citações realizadas a artigos de sociólogas, antropólogas e cientistas políticas²⁹, o que ele faz sem nunca abandonar o linguajar e o código do Direito, em um exemplo bastante claro do conceito de autopoiese para Luhmann.

²⁹ Dentre os trabalhos nacionais, foram destacados: (i) Debora Diniz; Marcelo Medeiros, “Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna”, *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, p. 959-966, 2010; (ii) Debora Diniz, Marilena Corrêa, Flávia Squinca, Kátia Soares Braga, “Aborto: 20 anos de pesquisa no Brasil.” *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 4, 2009; (iii) Jacqueline Pitanguy. “O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos.” In Griffin, Karen e Costa, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*, 1999; (iv) Flávia Piovesan, “Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. In: Samantha Buglione (org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*, 2002, (v) Leila Linhares Barsted, “O movimento feminista e a descriminalização do aborto”, *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 2, 1997; (vi) Maria Isabel Baltar da Rocha, “A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese.”, *Revista Brasileira de Estudos Populacionais*, v. 23. n. 2, 2006; (vii)

Segundo a teoria dos sistemas, o termo autopoiese refere-se à capacidade dos sistemas sociais de produzirem sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem, de modo que, quando provocados pelo ambiente, podem atribuir sentidos a esses ruídos e produzir novos elementos para o sistema (LUHMANN, 1993).

No caso em questão, embora o Min. Barroso não se utilize do termo “patriarcado”, nem explicita como se dá a opressão sexual feminina, ele fundamenta sua decisão com base no direito à igualdade de gênero e aos direitos sexuais femininos, direitos esses que nada têm de naturais, mas que derivam do ruído provocado por importantes agentes políticos e sociais no sistema jurídico, como o próprio movimento feminista.

Quando o Direito, portanto, compreende que é um dos instrumentos de dominação e que a forma como ele é interpretado e aplicado pode reforçar relações que seriam exclusivamente de dominação e soberania (FOUCAULT, 1991, p. 139-140), é imperioso que construa novos paradigmas com base nas novas relações de poder que se exercem no interior da sociedade, denominadas microfísica do poder.

No entanto, a separação dualista entre público e privado permanece sendo reproduzida no direito, quando a esfera doméstica é tomada como dimensão das relações sociais às quais não são aplicáveis os princípios da justiça por serem formadas pelo afeto (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 41). Ocorre que, ao contrário do que se retiraria da clássica separação da esfera do público e privado, o Estado exerce historicamente controle sobre o corpo das mulheres, “como forma de dominação, repressão e domesticação do feminino, articulando as esferas disciplinares e dominadoras através da ‘política do sexo’” (SOUZA, 2020).

Assim, a essa visão também é dado um novo significado pela 1ª Turma do STF, ao aplicar princípios constitucionais e direitos fundamentais para garantir a autonomia feminina de decidir sobre seu próprio corpo, sem que haja a intervenção do Estado de modo coercitivo.

Como citado pelos próprios ministros nos seus votos, o Brasil não foi pioneiro em dar essa interpretação à prática e julgar inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, mas utilizou-se dessa experiência de outras jurisdições para trazer o debate ao poder judiciário. Nesse aspecto, o caso americano (*Roe v. Wade*) possui grande destaque internacional, por isso será analisado no tópico abaixo.

Lucila Scavone, “Políticas feministas do aborto.”, *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, 2008; (viii) *Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis*, 2005. (STF, 2016, voto vencedor).

3.3 O CASO AMERICANO (ROE V. WADE)

A discussão do HC nº 124.306 utilizou-se com abundância de precedentes estrangeiros, dentre eles o caso americano. É interessante notar que a mitigação das fronteiras internacionais e a ampliação de um espaço comum internacional de discussão, sobretudo no âmbito jurídico-constitucional, permitiu a utilização de precedentes estrangeiros pela Justiça Constitucional com uma frequência cada vez maior (SILVA, 2010). Isso é possível porque, como são plausíveis mais de uma interpretação para uma norma jurídica, a experiência (jurídica e empírica) de outras jurisdições pode auxiliar a decidir qual seria a melhor interpretação para o âmbito interno (JACKSON, 2005, p. 116).

Citado mais de uma vez nos votos dos ministros, o caso *Roe v. Wade* é sem dúvidas o mais emblemático e conhecido por todos no cenário jurídico internacional. Julgado pela Suprema Corte Americana em 1973, a maioria, formada por sete votos em desfavor de uma minoria de dois votos, entendeu pela inconstitucionalidade da disposição legal do Estado do Texas, que criminalizava o aborto, apenas permitindo-o na hipótese salvar a vida da gestante (GINSBURG, 1985).

Para chegar a essa conclusão, a maioria da Suprema Corte Americana, liderada pelo Justice Blackmun, fundamentou-se no direito à privacidade da mulher em decidir pela continuidade ou não da gravidez, como já havia sido reconhecido no caso *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965 (GINSBURG, 1985).

Em *Griswold vs. Connecticut*, a Suprema Corte declarou, por larga maioria, a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de qualquer droga, artigo medicinal ou instrumento com finalidade contraceptiva (GREENHOUSE; SIEGEL, 2012, p. 89). Sem entrar no aspecto da moralidade ou não da utilização de métodos contraceptivos, a maioria vislumbrou a existência de um direito constitucional à privacidade conjugal/marital que levaria a um direito à contracepção (GREENHOUSE; SIEGEL, 2012, p. 89).

Posteriormente, no julgamento de *Eisenstadt v. Baird* em 1971, foi declarada inconstitucional uma lei do estado de Massachusetts que criminalizava a distribuição de contraceptivos a pessoas que não estivessem casadas, estendendo esse direito à privacidade marital para pessoas solteiras: “o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de ser livre da

intromissão injustificada do Estado em matérias que afetam tão profundamente uma pessoa como a decisão de criar ou gestar uma criança.” (GREENHOUSE; SIEGEL, 2012, p. 89).³⁰

Envolveu-se na análise de *Roe v. Wade*, então, a ponderação entre o direito da mulher à privacidade pessoal, o qual incluiria a interrupção da gravidez, o direito à vida do embrião, bem como a preocupação do Estado com a saúde da gestante (GINSBURG, 1985). Nesse sentido, confira trecho do acórdão que retrata como a Corte Suprema lidou com esse conflito entre princípios constitucionais:

A Corte então delineou os vários interesses decorrentes da decisão do aborto. **Dizia-se que o interesse da gestante decorria de seu direito à privacidade pessoal.** Incluídos nesse conceito de privacidade estão **os direitos fundamentais de casar, procriar, criar filhos e usar métodos contraceptivos.** Ao contrário do foco do tribunal distrital na nona emenda, o Tribunal expressou sua crença de que esse direito à privacidade é "fundamentado no conceito de liberdade pessoal da Décima Quarta Emenda e nas restrições às ações do estado ... [e é] amplo o suficiente para abranger o direito de uma mulher decisão de interromper ou não a gravidez. (EUA, 1973, tradução e grifos nossos)³¹

[...] **não é claro para nós que a alegação feita por alguns amici de que alguém tem um direito ilimitado de fazer com seu corpo como bem entender guarda uma estreita relação com o direito à privacidade previamente articulado nas decisões da Corte.** (EUA, 1973, tradução e grifos nossos)³²

Esse direito à privacidade e à contracepção, no entanto, não seria absoluto, podendo ser limitado pela regulação estatal, a fim de proteger o interesse estatal na saúde da mulher e o direito à vida potencial do feto (GINSBURG, 1985). Com esse intuito, utilizaram-se da divisão trimestral da gravidez (*trimester framework*) para declarar que a mulher, guiada pelo entendimento de seu médico, teria o direito constitucional à interrupção voluntária da gravidez realizada no primeiro trimestre.

Ruth Bader Ginsburg, influente juíza da Suprema Corte americana falecida em 2020, ao analisar o precedente, apontou que, apesar de lidar com um tema tão intimamente ligado às pautas feministas, a autonomia reprodutiva foi tratada a partir de uma perspectiva da autonomia

³⁰ No original: “*the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child*” (GREENHOUSE; SIEGEL, 2012, p. 89).

³¹ No original: The Court then outlined the various interests arising out of the abortion decision. **The pregnant woman's interest was said to stem from her right to personal privacy.** Encompassed within this concept of privacy are **the fundamental rights to marry, procreate, raise children and use contraceptives.** Contrary to the district court's focus on the ninth amendment, the Court expressed its belief that this right of privacy is "founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state actions ... [and is] broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy." (EUA, 1973, grifos nossos)

³² No original: “[...] it is not dear to us that the claim asserted by some amici that one has an unlimited right to do with one's body as one pleases bears a close relationship to the right of privacy previously articulated in the Court's decisions. (EUA, 1973)

individual, sem relacioná-la expressamente à discriminação sofrida pelas mulheres, gerando críticas acadêmicas em razão dessa fundamentação incompleta (1985, p. 376). Para ela, no entanto, a principal razão que desencadeou as críticas políticas e sociais, além de toda a polêmica intrincada ao tema, foi que ela detalhou demais os aspectos médicos do procedimento utilizando-se do *trimester framework*, e o fez pondo em cheque diversas outras legislações sobre aborto que vigoravam à época (GINSBURG, 1985, p. 376).

No início da década de 1970, antes e após o julgamento de *Roe v. Wade*, várias decisões da Suprema Corte foram realizadas no sentido de declarar a inconstitucionalidade de leis discriminatórias em matéria de gênero, alguns exemplos seriam: i) *Reed v. Reed*, em que se declarou que homens não podem ter preferência em relação a mulheres na administração de bens imobiliários (404 U.S. 71, 1971); ii) *Frontiero v. Richardson*, que proibiu que fossem negados benefícios (*fringe benefits*) às esposas de militares (411 U.S. 677, 1973); iii) *Weinberger v. Wiesenfeld* (420 U.S. 636, 1975), *Califano v. Goldfarb* (430 U.S. 199, 1977), *Califano v. Westcott* (443 U.S. 76, 1979), e *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co* (446 U.S. 142, 1980), permitiram que os benefícios de seguridade social, assistência social e a compensação dos trabalhadores, se desse na mesma proporção para homens e mulheres; iv) *Stanton v. Stanton* (421 U.S. 7, 1975), segundo o qual as filhas teriam direito ao mesmo nível de suporte parental que os filhos homens. Ademais, outras decisões da corte desse mesmo período também permitiram estender alguns benefícios que eram conferidos apenas às mulheres aos homens também, como a pensão alimentícia (*Orr v. Orr*, 440 U.S. 268, 1979). (GINSBURG, 1985, p. 378).

Em sua perspectiva, esses outros casos analisados pela corte sobre discriminação de gênero, apesar de tratarem de matéria menos controversa, não sofreram um significativo *backlash* (GINSBURG, 1985, p. 378). Corroborando com essa visão, em 1974, quando a Suprema Corte americana julgou que a licença maternidade obrigatória seria inconstitucional, o congresso superou o entendimento da corte em 1978, por meio de uma emenda constitucional (Act of Oct. 31, 1978, Pub. L. No. 95-555, 92 Stat. 2076, amending 42 U.S.C. § 2000e, 1976), que dispôs explicitamente que a discriminação em razão da gravidez era equivalente à discriminação em razão do gênero (GINSBURG, 1985, p. 379).

Até *Roe v. Wade*, vários estados estavam produzindo leis que legalizavam o aborto em certa medida e, em quatro deles (New York, Washington, Alaska e Hawaii), era possível que médicos realizassem abortos no primeiro trimestre sem outras restrições (GINSBURG, 1985, p. 380). No julgamento, no entanto, foram questionadas as legislações de todos os estados americanos, até mesmo os menos restritivos, além de trazer um detalhamento e um enfoque

muito grande nos aspectos médicos da questão (GINSBURG, 1985, p. 381), contando com trechos como: “a decisão pelo aborto e sua realização deve ser deixada a critério do médico assistente da gestante” (EUA, 1973)³³.

Com isso, o movimento de legalização do aborto que se observava anteriormente, passou a ser substituído por leis que minimizavam o impacto da decisão de 1973, incluindo notificação, declarações de consentimento de cônjuges e responsáveis, bem como proibições políticas públicas que permitissem o aborto às mulheres mais pobres (GINSBURG, 1985, p. 382).

Com relação às críticas acadêmicas sofridas pela decisão, ela pontua que seriam mais brandas se ela tivesse colocado a mulher no centro da discussão, e não ela em conjunto com seu médico, dando uma prioridade aos argumentos biológicos até mesmo para limitar até quando elas poderiam exercer seu direito constitucional (GINSBURG, 1985, p. 382).

Não é uma resposta suficiente atribuir tudo à anatomia feminina - um fenômeno natural, não criado pelo homem. **A sociedade, não a anatomia, "coloca um estigma maior nas mulheres solteiras que engravidam do que nos homens que são pais de seus filhos". A sociedade espera, mas a natureza não ordena, que "as mulheres assumam a maior responsabilidade... pelo cuidado dos filhos"** e que elas arquem sozinhas com os encargos de criação e sustento, quando os pais negam a paternidade ou se recusam a cuidar ou sustentar financeiramente os filhos indesejados. (GINSBURG, 1985, p. 382-382, tradução e grifos nossos)³⁴

Assim, afirma que a decisão da Suprema corte em *Roe v. Wade* surgiu já enfraquecida, por embasar-se demais em argumentos médicos, visando, até mesmo por razões políticas, isolar o debate da autonomia sexual do debate de igualdade de gênero, além de ignorar os avanços que vinham sendo feitos no âmbito legislativo e ir além de uma decisão sobre a constitucionalidade, provocando mais do que solucionando o conflito (GINSBURG, 1985, p. 385-386).

No Brasil, o julgamento do HC nº 124.306 teve um efeito parecido, principalmente por dar uma solução àquela controvérsia apenas entre as partes, possuindo uma relevância enquanto precedente, mas sem vincular outros entes àquele acórdão, diferentemente do caso americano.

³³ No original: “the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician” (EUA, 1973)

³⁴ No original: “It is not a sufficient answer to charge it all to women's anatomy—a natural, not man-made, phenomenon. **Society, not anatomy, "places a greater stigma on unmarried women who become pregnant than on the men who father their children." Society expects, but nature does not command, that "women take the major responsibility. . . for child care"** and that they will stay with their children, bearing nurture and support burdens alone, when fathers deny paternity or otherwise refuse to provide care or financial support for unwanted offspring.” (GINSBURG, 1985, p. 382-382, grifos nossos)

Desde então, o debate se afluou bastante, inclusive com a radicalização do movimento pró-vida a partir do crescimento da extrema direita no país (SANTOS; TANSCHHEIT, 2019, p. 157).

Faludi (2001, p. 65), quando trata do conceito de *backlash*, aponta que, apesar de ser constante a intolerância contra o feminismo, em alguns momentos ela não se apresenta de forma tão aguda, enquanto em outros ela surge como “explosões violentas”, havendo, de fato, um movimento de refluxo e retaliação.

Essa interpretação, todavia, possui alguns problemas estruturais especialmente no caso do precedente *Roe v. Wade*, na medida que culpabiliza as vitórias dos movimentos por uma resposta natural de agentes que sempre foram contrários a ela (DINIZ; CARINO, 2019).

Em contraposição às ideias de Faludi (2001), Diniz e Carino (2019) afirmam que o *backlash* não seria consequência do que fizeram as mulheres no campo da política, mas sim “uma maneira de se contar a história do feminismo pelas lentes do poder masculino” (DINIZ; CARINO, 2019). O que há então não é um movimento de retaliação que surge provocado pelo feminismo, mas a persistência do uso do poder masculino para manter o *status quo* (DINIZ; CARINO, 2019).

Assim, o papel exercido pelo HC nº 124.306 foi muito importante para fomentar o debate sobre o aborto no Brasil, trazendo para a agenda questões de saúde pública e direitos femininos, o que naturalmente aumentou a visibilidade das posições contrárias que sempre existiram. Não deve, portanto, ser atribuído a ele um falso efeito de *backlash* que justificaria o crescimento da extrema-direita no Brasil e a mobilização desses grupos no combate ao aborto, fazê-lo seria nada mais do que “que ‘culpar a vítima’ por não cumprir com o destino traçado pelo patriarcado” (DINIZ; CARINO, 2019).

CAPÍTULO 4 - A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, no Brasil, e o Caso *Dobbs v. Jackson Who*, nos Estados Unidos

4.1 PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL E O INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR

Importante ressaltar que o julgamento do HC nº 124.306 pela 1ª Turma do STF, apesar de considerar inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação, não removeu esses artigos do ordenamento jurídico brasileiro, nem encerrou o debate sobre aborto no poder judiciário.

A ação, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2017, tem como objetivo declarar a inconstitucionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam as condutas da gestante e do responsável pela execução do procedimento de interrupção voluntária da gravidez (STF, 2017, petição inicial).

A primeira seção do texto enfoca-se em demonstrar como as cortes constitucionais no mundo se estabeleceram como instância legítima para as interpelações constitucionais provocadas pela questão do aborto a partir dos anos 1970, citando como exemplos os casos americano (*Roe v. Wade*) e alemão (Aborto I, BVerfGE 1, 39, e Aborto II, BVerfGE 88, 203) (STF, 2017, petição inicial).

Na segunda seção, utiliza-se de métodos interpretativos para demonstrar que a criminalização da prática viola os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar das gestantes (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, §7º) (STF, 2017, petição inicial).

Assim, alegou-se que não é possível imputar direitos ao embrião ou feto³⁵, havendo em realidade uma violação de uma série de direitos das gestantes. Nesse sentido, a criminalização do aborto eletivo impõe uma gravidez compulsória que comprometeria a

³⁵ “No julgamento da ADPF 54, Ministro Marco Aurélio Mello afirma, assim como nesta ADPF, que há estatuto diferenciado entre criaturas humanas intraútero e pessoas humanas, para negar a possibilidade direito à vida do feto anencéfalo a ser tutelado. Para tanto, recorre a artigo da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, que diferencia “ser humano” de “pessoa humana”: “O embrião é [...] ser humano, ser vivo, obviamente [...] Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”. Adiante, concede como argumento subsidiário a possibilidade de ponderar o hipotético direito à vida do feto anencéfalo – argumento do qual discorda – com o direito à vida da mulher: “Se a ponderação ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo”. A sequência de nosso argumento segue o mesmo raciocínio de Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, n. 80, 30 abr. 2013.” (STF, 2017, petição inicial)

dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, ao não reconhecer “a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida” (STF, 2017, petição inicial). Em seguida, apontou-se que haveria uma afronta ao princípio da não discriminação, ante a maior vulnerabilidade observada entre as mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distantes de centros urbanos, por utilizarem métodos menos seguros de abortamento. Nesse contexto, a seletividade do sistema penal brasileiro prejudicaria ainda o objetivo republicano de promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV, CF) (STF, 2017, petição inicial).

Afirmou-se ainda que a manutenção de uma gravidez indesejada pode levar a intensas dores físicas e sofrimentos psicológicos agudos, de modo que a criminalização do aborto voluntário violaria o direito à saúde (art. 6º, CF), à integridade física e psicológica dessas mulheres, bem como contraria a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF).

Do mesmo modo, argumentou-se que o abortamento clandestino e inseguro leva a um aumento do risco à vida e à saúde delas, o que lesaria o direito à vida e à segurança das gestantes que optassem pela realização do procedimento (art. 5º, caput, CF). Para além disso, considerou-se que a norma brasileira atual contraria o direito fundamental à liberdade e à igualdade aplicada à categoria de gênero (art. 5º, *caput*, CF), o objetivo fundamental da República de não discriminação baseada em sexo (art. 3º, inciso IV, CF), bem como os direitos sexuais e reprodutivos que, embora não estejam previstos expressamente na Constituição, seriam descritos como compromissos internacionais em tratados que o Brasil é signatário³⁶ (STF, 2017, petição inicial).

Por fim, a petição inicial utiliza-se do método da proporcionalidade, a fim de demonstrar como a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo e, além de não coibir a prática, não promove os meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto³⁷ (STF, 2017, petição inicial).

³⁶ Alguns exemplos citados no texto são: “Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), e o Consenso de Montevidéu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013), no qual se pactuou a revisão de leis para cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos. Direitos sexuais e reprodutivos também são reconhecidos por órgãos de monitoramento de tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, como o Comitê CEDAW, que monitora a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), e o Comitê DESC, que acompanha o seguimento ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).” (ADPF 442, Rel. Min. Rosa Weber. Petição Inicial.).

³⁷ Importante ressaltar que tal hipótese é apresentada como subsidiária, pois as advogadas argumentaram pela impossibilidade de conferir direitos ao feto ou embrião no item 4.1 da petição inicial (STF, 2017, petição inicial).

Após realizar os testes de proporcionalidade, chegou-se a uma solução muito parecida à adotada pelo Min. Roberto Barroso no julgamento do HC nº 124.306. Para os autores, a criminalização do aborto não é adequada, pois não é capaz de reduzir o número de abortamentos induzidos; não é necessária para alcançar objetivos constitucionais legitimados, porque existem outros meios menos intrusivos e mais eficientes de alcançar o resultado; nem é proporcional em sentido estrito, uma vez que a criminalização do aborto causa graves efeitos negativos para as mulheres, tanto no campo dos direitos humanos, quanto em dados empíricos de mortalidade, até para as mulheres elegíveis para o aborto legal.

Realizou-se também pedido liminar, justificada a probabilidade de Direito com base na “coerção punitiva desprovida de objetivo constitucional legítimo” e as graves violações aos princípios fundamentais e direitos das mulheres (STF, 2017, petição inicial). O perigo de dano, por sua vez, seria advindo da grande quantidade de mulheres que realizam a interrupção voluntária da gravidez diariamente (STF, 2017, petição inicial), chegando a mais de 500 mil em 2015, segundo a Pesquisa Nacional de Aborto (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017). Narra também alguns casos de operações policiais e quebra de sigilo médico, enquanto critica a seletividade e arbitrariedade da persecução criminal por aborto³⁸ (STF, 2017, petição inicial).

Ante a existência do pedido cautelar, a relatora Min. Rosa Weber, conforme o procedimento do art. 5º, §2º, da Lei nº 9.882/1999, requisitou informações prévias ao Presidente da República, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados. Após, deu-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral Da República.

Todos os entes que prestaram informações se mostraram contrários aos pedidos autorais. Seus principais fundamentos foram: i) há desacordo moral razoável sobre a questão da descriminalização do aborto, devendo ser discutido pelo poder legislativo; ii) inaplicabilidade do HC nº 124.306, porque a questão da constitucionalidade foi decidida de forma incidental; iii) inaplicabilidade do precedente da ADPF nº 54 quando há viabilidade da gravidez; iv) inaplicabilidade do precedente da ADI 3510 e incompatibilidade com a Lei de Biossegurança, pois não seria possível equiparar ao embrião *in vitro*; v) o art. 2º do Código

³⁸ Foram citados na petição Inicial: MACIEL, Edgar. De 1 milhão de abortos ilegais no País, 33 viraram casos de polícia em 2014. Estadão, São Paulo, 20 dez. 2014. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,de-1-milhao-de-abortos-ilegais-no-pais-33-viraram-casos-de-policia-em-2014,1610235>. COSTA, Mariana Timóteo da; SANCHES, Mariana. “Estou mais assustada do que revoltada”, diz jovem que foi presa após fazer aborto. O Globo, Rio de Janeiro, 21 fev. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/estou-mais-assustada-do-que-revoltada-diz-jovem-que-foi-presa-apos-fazer-aborto-15402548#ixzz4Z8WvJD3Z>. APPLE, Caroline. SP tem 16 pessoas presas pelo crime de aborto. R7, São Paulo, 6 ago. 2016. Disponível em: <http://noticias.r7.com/sao-paulo/sp-tem-16-pessoas-presas-pelo-crime-de-aborto-06082016>. JOVEM é detida suspeita de provocar aborto com remédios em Bauru. G1 Bauru e Marília, Rio de Janeiro, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2016/11/jovem-e-detida-suspeita-de-provocar-aborto-com-remedios-em-bauru.html>.

Civil de 2002, aprovado pelo Legislativo já na constância da Constituição de 1988, assegura direitos ao feto viável; vi) ausência de perigo da demora que justifique a cautelar, pois a norma impugnada existe há mais de 70 anos e a ADPF é cabível desde 1999. (STF, 2017, prestações de informações)

Em 28/11/2017, foi indeferido o pedido liminar que visava permitir o aborto à Rebeca Mendes Silva Leite, por entender que a medida cautelar em situação de urgência individual não está prevista no processo da ADPF (STF, 2017, decisão liminar).

Por fim, em 02/04/2018, foi convocada audiência pública no âmbito da ADPF 442, para discutir questões constitucionais controversas postas para deliberação e decisão pelo STF, “considerado o desacordo jurídico razoável sobre a matéria atinente à interpretação constitucional dos arts. 124 e 126 do Código Penal” (STF, 2017, decisão liminar).

4.2 A AUDIÊNCIA PÚBLICA E A PARTICIPAÇÃO DOS *AMICI CURIAE*

Para a Min. Relatora, a discussão seria um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, pois envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais, o que se observa até mesmo pela experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade (STF, 2018, convocação de audiência pública).

Ante a complexidade da controvérsia constitucional e o “papel [do STF] de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais” (STF, 2017, convocação de audiência pública), estaria justificada a convocação da audiência pública, como técnica processual necessária, “a teor do art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/99, e dos arts. 13, XVII, e 154, III, parágrafo único, ambos do RISTF” (STF, 2018, convocação de audiência pública).

Foram recebidos, então, 187 pedidos de habilitação como expositor na audiência, de pessoas físicas com potencial de autoridade e representatividade, de organizações não-governamentais, sociedades civis, sem finalidade lucrativa, e institutos específicos (STF, 2018, relação dos inscritos habilitados).

Durante os dois dias de audiência pública, falaram 45 grupos diferentes, dentre eles entidades médicas e de outras áreas da saúde, organizações defensoras dos direitos humanos, entidades religiosas cristãs e pesquisadores do assunto. Ao todo, foram 61 exposições, já que havia mais de um representante de alguns grupos, nas quais discursaram 39 mulheres e 22 homens por 20 minutos cada. Desse número, 18 se pronunciaram contra a ADPF 442 e 43 a seu favor (STF, 2018, transcrição da audiência pública).

Ao analisar os argumentos apresentados, seria possível dividi-los em duas categorias teóricas com subdivisões internas. Para a primeira categoria, “a criminalização do aborto tem o objetivo de tutelar penalmente o direito à ‘vida’ do ‘nascituro’”, assim a) a criminalização do aborto seria dever do Estado, ao reconhecer os direitos fundamentais de quem ainda não nasceu, e b) a penalização da conduta do aborto voluntário por mulheres e homens (terceiros) é funcional, pois b1) reprime e desestimula a prática do aborto voluntário, mesmo que dentro das possibilidades legais, e b2) comunica e valida os valores da sociedade brasileira em relação ao direito à vida (SILVA; TYBUSCH; BUDÓ, 2021, p. 10).

A segunda categoria teórica, por sua vez, apoiando-se na máxima de que “o direito penal não é o meio adequado para lidar com a questão do aborto”, argumenta que a) o Estado é laico e democrático, por isso não deve utilizar o direito penal para difundir ideologicamente valores religiosos e patriarcais para b) controlar os corpos femininos. Além disso, c) a criminalização da prática provoca mortes de mulheres, d) não evita o abortamento e e) aprofunda as desigualdades sociais (raça, classe, gênero e sexualidade) (SILVA; TYBUSCH; BUDÓ, 2021, p. 10).

Assim, os argumentos favoráveis corroboram a tese dos autores e se assemelham bastante ao levantamento realizado por suas advogadas, ratificando ainda as fundamentações utilizadas pelos ministros nas ações que precederam a ADPF 442 (HC nº 124.306, ADPF 54 e ADI 3.510).

Os argumentos contrários, por outro lado, demonstram ainda mais a natureza simbólica da criminalização do aborto, a começar pela expressiva participação de entidades religiosas cristãs. Para Marcelo Neves, a legislação simbólica é aquela em que há a prevalência do seu significado político ideológico em detrimento do seu sentido normativo aparente (NEVES, 1994, p. 32). Assim sua finalidade principal é servir a objetivos políticos de grupos conservadores e religiosos, não necessariamente relacionados a questões jurídicas (1994, p. 32).

A partir disso, a criminalização do aborto, devido ao seu enfoque em “comunicar e validar os valores da sociedade brasileira em relação ao direito à vida”, se encaixa perfeitamente na categoria da legislação penal simbólica, que visa reforçar valores sociais. Ainda que possua também um objetivo instrumental que seria “reprimir e desestimular a prática do aborto voluntário”, seus efeitos simbólicos são muito mais relevantes ante a comprovação de que o aborto segue ocorrendo com grande magnitude no Brasil³⁹.

³⁹ Ainda que seja difícil acessar dados seguros sobre o aborto no Brasil devido a sua criminalização, a PNA 2016 apontou que 416 mil mulheres teriam realizado o procedimento apenas em 2015 (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2016).

Daí que, apesar de todos os dados colhidos por estudos empíricos acerca dos problemas sociais causados pela criminalização da prática, em especial aqueles que acometem as mulheres marginalizadas, a posição do legislador em relação a esse conflito social sobre valores segue estagnada, já que a eficácia da norma é secundária.

Ante a ADPF nº 442 cabe, portanto, ao Poder Judiciário realizar esse balanceamento entre manter uma norma que não é capaz de inibir o comportamento que proíbe, seguindo a orientação política adotada pelo Legislativo, e ferir direitos reais das mulheres que decidem seguir com o abortamento, ou garantir que os direitos femininos presentes na Constituição tenham uma eficácia instrumental.

4.3 DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION (2022)

A partir de *Roe v. Wade*, foram analisadas diversas outras leis estaduais estabelecendo maiores ou menores restrições à interrupção voluntária da gravidez (CUNHA, B., 2017), até que, em junho de 2022, a Suprema Corte alterou seu entendimento no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, determinando que a constituição não conferia um direito ao aborto e que a autoridade para regulá-lo seria de cada um dos estados federados (SKELTON, 2022).

A principal controvérsia do caso era a adequação de lei do estado de Mississippi que proibia a interrupção voluntária da gravidez após 15 semanas de gestação, exceto em casos de emergência médica ou anomalia fetal severa. A clínica de aborto *Jackson Women's Health Organization*, ré da ação, alegou que a lei seria inconstitucional, pois feria os precedentes “*Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, and *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833”.

Nas primeiras instâncias, a lei foi sumariamente declarada inconstitucional, também pela aplicação do precedente, até que, ao ser julgada pela Suprema Corte americana a decisão “supreendentemente”⁴⁰ se deu em sentido oposto (SKELTON, 2022). Assim, a Corte decidiu que a Constituição não confere um direito ao aborto e que os casos *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey* foram superados, assim a autoridade de regular o aborto “foi retornada ao povo e a seus representantes eleitos”, cabendo a cada estado regular a matéria (SKELTON, 2022).

⁴⁰ Em fevereiro de 2022, o site “Político” obteve uma minuta do acórdão que declarava a constitucionalidade da lei e superava os precedentes anteriores, em uma quebra sem precedentes da confidencialidade da Suprema Corte dos Estados Unidos (POLÍTICO, 2022).

A fundamentação da Corte, escrita pelo Justice Samuel Alito, se deu no sentido de que não haveria um direito constitucional ao aborto, nem explícito, nem ancorado em direitos como a liberdade, privacidade e não discriminação de gênero, como defendido em decisões anteriores. Essa conclusão se baseia em três premissas: i) a regulação do aborto não é uma forma de discriminação contra as mulheres; ii) a “história e a tradição norte-americanas” não apontam para um direito constitucional ao aborto; iii) os precedentes da corte sobre a matéria devem ser superados (SKELTON, 2022).

Com relação aos erros dos julgamentos anteriores, há um maior detalhamento, dividindo sua fundamentação em cinco tópicos:

- (1) *The nature of the Court's error.* (...) A Corte interrompeu o processo normal de decisão democrática, deixando desamparados um grande número de americanos que discordavam de *Roe*.
- (2) *The quality of the reasoning.* (...) Sem qualquer base no texto constitucional, história ou precedente, *Roe* impôs ao país inteiro um conjunto detalhado de regras para a gravidez divididas em trimestres, muito semelhantes ao que se pode esperar encontrar em uma lei ou regulamento.
- (3) *Workability.* (...) Decidir se um precedente deve ser superado depende, em parte, da viabilidade da regra que ele impõe - isto é, da sua capacidade de ser compreendida e aplicada de forma consistente e previsível.
- (4) *Effect on other areas of law.* *Roe* e *Casey* resultaram na distorção de muitas doutrinas jurídicas importantes, mas não relacionadas, e esse efeito fornece mais apoio à modificação dessas decisões.
- (5) *Reliance interests.* (...) O Procurador-Geral sugere que a revogação de *Roe* e *Casey* ameaçaria a proteção de outros direitos sob a Cláusula de Devido Processo Legal. O Tribunal enfatiza que esta decisão diz respeito ao direito constitucional ao aborto e não a outros direitos. Nada neste acórdão deve ser interpretado para colocar em dúvida precedentes que não dizem respeito ao aborto. (SKELTON, 2022, tradução e grifos nossos).

Ainda que a decisão de *Roe v. Wade* não tenha sido perfeita, foi uma importante vitória do movimento feminista americano que perdurava há quase 50 anos, de modo que a decisão mais recente tem sido vista como um grande retrocesso legislativo, pois, desde então, doze estados norte-americanos passaram a proibir a prática (AFTER, 2022), tornando os Estados Unidos um dos quatro países no mundo a alterar uma regulação mais permissiva para restringir a interrupção voluntária da gravidez desde 1994 (ABORTION, 2022).

Ginsburg, analisando a decisão da década de 1970, afirmou que ela surgiu já enfraquecida, por embasar-se demais em argumentos médicos, visando, até mesmo por razões políticas, isolar o debate da autonomia sexual do debate de igualdade de gênero, além de ignorar os avanços que vinham sendo feitos no âmbito legislativo e ir além de uma decisão sobre a constitucionalidade, provocando mais do que solucionando o conflito (GINSBURG, 1985, p. 385-386).

Além disso, o fato de não colocar a mulher no centro da discussão, dando uma prioridade aos argumentos biológicos até mesmo para limitar até quando elas poderiam exercer seu direito constitucional, fez com que ela recebesse uma série de críticas de juristas e acadêmicos (GINSBURG, 1985, p. 382).

Com isso, o movimento de legalização do aborto que se observava anteriormente, passou a ser substituído por leis que minimizavam o impacto da decisão de 1973, incluindo notificação, declarações de consentimento de cônjuges e responsáveis, bem como proibições políticas públicas que permitissem o aborto às mulheres mais pobres (GINSBURG, 1985, p. 382).

Faludi (2001, p. 65) argumenta que, embora seja constante a intolerância contra o feminismo, em alguns momentos ela é menos intensa e em outros surge como "explosões violentas", indicando um movimento de refluxo e retaliação.

Essa interpretação, todavia, não pode ser utilizada ao comparar o precedente *Roe v. Wade* com a sua modificação pelo caso *Dobbs v. Jackson Who*, tendo em vista que se passaram quase 50 anos entre as decisões, não sendo possível falar em um movimento de resposta em consequência daquela decisão. Fazê-lo seria culpabilizar as vitórias do movimento por uma resposta natural de agentes que sempre foram contrários a ela (DINIZ; CARINO, 2019).

Em contraposição às ideias de Faludi (2001), Diniz e Carino (2019) afirmam que o *backlash* não seria consequência do que fizeram as mulheres no campo da política, mas sim “uma maneira de se contar a história do feminismo pelas lentes do poder masculino” (DINIZ; CARINO, 2019). O que há então não é um movimento de retaliação que surge provocado pelo feminismo, mas a persistência do uso do poder masculino para manter o *status quo* (DINIZ; CARINO, 2019).

A decisão é contrária à opinião popular e se baseia no falso conceito de que as instituições políticas majoritárias seriam efetivamente representativas da vontade popular (KAUFMAN et al., 2022). Isso porque há aspectos contra majoritários na política americana que levam à sobre-representação massiva de eleitores brancos rurais, que levarão a uma produção de políticas de aborto com muito menos apoio popular do que o próprio caso *Roe*, além de impedirem uma resposta democrática eficaz a restrições e proibições de aborto mesmo que sejam impopulares (KAUFMAN et al., 2022).

Em geral, tem sido observado que o Partido Republicano tem vantagem eleitoral em estados americanos tradicionalistas (SHIN; WEBBER, 2014) que aderem ao valor societário patriarcal que defende que a sociedade tem o direito e, portanto, deve manter uma "norma" em relação à sexualidade e reprodução (SALEHIN; PILLAI, 2023). Essa perspectiva, apoiada

pelos conservadores "pro-vida", não apenas se opõe ao "aborto", mas também promove a abstinência, restringe o acesso aos anticoncepcionais e condena qualquer comportamento sexual e/ou união que não seja o casamento heterossexual (SALEHIN; PILLAI, 2023). Os candidatos republicanos em todos os níveis de eleições defendem essas agendas enquanto concorrem aos cargos com o objetivo de manter a base de apoio intacta entre os eleitores conservadores e ganhar popularidade (SALEHIN; PILLAI, 2023).

Na eleição presidencial de 2016, o candidato republicano Donald Trump e seu companheiro de chapa Mike Pence, bem conhecidos por seu apoio ao longo da carreira contra o aborto, comprometeram-se a continuar apoiando o movimento anti-aborto e a indicar juízes anti-aborto para o Suprema Corte dos Estados Unidos (JOFFE, 2017). Após ser eleito, Trump manteve sua fidelidade às suas palavras e aos conservadores sociais, nomeando juízes não apenas para o mais alto tribunal da nação, mas também em níveis estaduais e locais, fortalecendo os movimentos anti-aborto em todos os estados (SALEHIN; PILLAI, 2023). As consequências finais dessas nomeações eventualmente se concretizaram: os votos dos juízes conservadores nomeados por Trump na Suprema Corte foram atribuídos à maioria necessária para derrubar *Roe v. Wade* (SALEHIN; PILLAI, 2023).

O resultado da última eleição presidencial, com a saída de Trump, indica a polarização contínua dos cidadãos americanos e suas opiniões sobre os direitos individuais, dentre eles os direitos das mulheres (SALEHIN; PILLAI, 2023). Na eleição presidencial de 2016, questões de "justiça social", como o direito ao aborto, mudanças climáticas e os direitos de grupos minoritários foram o fator decisivo para os eleitores que votaram na candidata democrata Hilary Clinton (BLANKENSHIP et al., 2018).

Diante disso, o movimento que levou à modificação no entendimento da Suprema Corte norte-americana teve um forte cunho político, sendo traçado desde a eleição do presidente anterior, não podendo ser atribuído a um movimento de *backlash* ou retaliação à decisão do tribunal em *Roe v. Wade*.

Analisando o caso a partir do conceito de legislação simbólica, nota-se que a superação do precedente anterior visa reforçar valores sociais, ainda que possua também um objetivo instrumental, seus efeitos simbólicos são muito mais relevantes, tendo em vista que o aborto seguirá ocorrendo com amparo legal em vários Estados e que as mulheres poderão encontrar outras formas de acudir à prática nos estados em que o aborto voluntário for criminalizado.

Daí que, apesar de todos os dados colhidos por estudos empíricos acerca dos problemas sociais causados pela criminalização da prática e dos anos que os precedentes foram aplicados, candidatos, partidos e outros grupos políticos continuaram valendo-se dos seus efeitos simbólicos para sua autopromoção.

Esse acontecimento reforça a denúncia realizada por Marcelo Neves de que a situação da Constitucionalização simbólica não é identificada apenas na periferia moderna, mas que há uma tendência, por um lado, a um crescimento da “mobilidade nas distribuições” de centros e periferias, mas, por outro, há também uma periferização paradoxal dos centros (NEVES, 2015, p. 128). Isso porque decisões como a da Suprema Corte americana, ao superar o precedente anterior que garantia o direito constitucional ao aborto, acabam por retirar a força normativa da lei maior, promovendo o “desmonte dos mecanismos do Estado de bem-estar clássico, ancorados na política, sem que tenham sido seriamente esboçados, nem mesmo em regiões do tradicional Estado de bem-estar, novos mecanismos de inclusão para a construção de uma sociedade de bem-estar fundada nos diversos subsistemas sociais” (NEVES, 2015, p. 129).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o presente trabalho buscou compreender os principais aspectos constitucionais envolvidos no complexo debate do aborto, porém ele não é capaz de esgotar todos os aspectos jurídicos e sociais acerca de um assunto tão delicado.

Para tanto, buscou-se compreender os principais argumentos fundamentos utilizados pelos ministros no HC nº 124.306 para declarar a inconstitucionalidade incidental dos artigos que proíbem o aborto voluntário ou consentido, em razão de violação a diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. Esses direitos seriam, portanto, os direitos sexuais e reprodutivos femininos; a autonomia da mulher; a integridade física e psíquica da gestante; e a igualdade da mulher em relação ao homem (STF, 2016, ementa).

Nota-se que, embora os direitos à liberdade, à vida, à integridade física e à igualdade existissem desde a formação do Estado Liberal a interpretação dada a eles só foi possível através da compreensão da relevância e interdisciplinaridade do tema, incorporando argumentos e estudos de importantes atores sociais e políticos ao debate jurídico. Isso se desprende até mesmo da quantidade de citações realizadas a artigos de sociólogas, antropólogas e cientistas políticas, o que o Min. Relator faz sem nunca abandonar o linguajar e o código do Direito, em um exemplo bastante claro do conceito de autopoiese para Luhmann.

No caso em questão, embora o Min. Barroso não se utilize do termo “patriarcado”, nem explicita como se dá a opressão sexual feminina, ele fundamenta sua decisão com base no direito à igualdade de gênero e aos direitos sexuais femininos, direitos esses que nada têm de naturais, mas que derivam do ruído provocado por importantes agentes políticos e sociais no sistema jurídico, como o próprio movimento feminista. Assim, apesar de terem origem em sistemas distintos, a sua incorporação pelo direito é um pressuposto para a reafirmação, em especial no direito constitucional.

Principalmente porque, grande parte desses estudos feministas demonstram que o direito se utilizou de influências morais, religiosas e políticas para construir-se, dando a regulamentação e a legitimidade institucional necessárias para as relações de dominação na sociedade, sob um pretexto de agir de forma imparcial e universal. Compreendia-se que a justiça liberal, por ser “fundada no valor da imparcialidade e da universalidade – não seria capaz de assimilar valores e perspectivas morais que teriam como fundamento as relações e os conflitos familiares.” (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 63).

De modo que, uma interpretação jurídica que leve em conta as críticas e o ideário feminista é frontalmente contrária às visões positivistas do direito, pois ao invés de aplicar cegamente a letra da lei, ocupa-se em questionar a sua origem, sendo injustamente julgada como atécnica.

Apesar dos avanços observados no âmbito jurídico a partir da ADI nº 3.510, da ADPF nº 54 e do HC nº 124.306 o debate se encontra estagnado nas casas legislativas. Ao analisar os Projeto de Lei (PL) propostos em 2022 no *website* da Câmara dos Deputados utilizando como palavra-chave “aborto”, nota-se que 80% dos projetos que se referem a hipóteses de aborto legal, crimes relacionados ou alteração das penas são no sentido de restringir direitos reprodutivos. Por outro lado, há uma prevalência dos projetos de lei que ampliam outros direitos reprodutivos (60%). Isso demonstra como o aborto voluntário encontra forte resistência no Congresso, embora outros direitos reprodutivos tenham mais facilidade de serem incorporados, especialmente aqueles referentes à maternidade.

Nos últimos anos, o ambiente dos poderes representativos se tornou menos propício ao discurso feminista desde a saída do Partido dos Trabalhadores (PT) do poder em 2016 e o crescimento da “direita radical” no país (SANTOS; TANSCHKEIT, 2019, p. 157). Durante o governo Bolsonaro, lidou-se com o tema de forma bastante repressiva, não apenas no discurso, mas por meio de ações diretas que atacaram principalmente o direito das mulheres que decidiam recorrer ao aborto legal.

É possível relacionar esses retrocessos ocorridos no período do seu governo com o conceito de *backlash* (DANTAS; CARDOSO, 2020), por aparentar ser um movimento de explosão violenta após um período em que as críticas ao aborto já não se manifestavam de forma tão aguda, porém sempre com a ressalva de que não houve um movimento de retaliação que surge provocado pelo feminismo, mas a persistência do uso do poder masculino para manter o *status quo* (DINIZ; CARINO, 2019).

A perspectiva americana acrescenta bastante ao trabalho, tendo o caso *Roe v. Wade* sido inclusive citado no HC nº 124.306. Esse caso foi julgado pela Suprema Corte americana em 1973 e reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do aborto pelo Estado do Texas. A base para esse julgamento foi o direito à privacidade da mulher na decisão sobre a continuidade da gravidez, já estabelecido em precedentes anteriores como *Griswold vs. Connecticut* (1965) e *Eisenstadt v. Baird* (1971).

Recentemente, no entanto, a Suprema Corte americana alterou seu entendimento no caso *Dobbs v. Jackson Who*, sob o fundamento de que não haveria um direito constitucional ao

aborto, nem explícito, nem ancorado em direitos como a liberdade, privacidade e não discriminação de gênero, como defendido em decisões anteriores (SKELTON, 2022).

Embora a decisão de *Roe v. Wade* não tenha sido perfeita, foi uma vitória significativa para o movimento feminista americano, que durou quase 50 anos. Assim, a decisão mais recente é vista como um grande retrocesso legislativo, pois desde então, 12 estados americanos proibiram a prática (AFTER, 2022), tornando os EUA um dos quatro países a mudar de uma regulação mais permissiva para restringir o aborto desde 1994 (ABORTION, 2022).

Nota-se ainda a grande influência política na decisão que, mesmo contrariando a opinião popular majoritária, julgou constitucional a lei do estado de Mississipi. Isso porque o Partido Republicano tem vantagem eleitoral em estados tradicionalistas que defendem valores societários patriarcais e se opõem ao aborto.

Durante a campanha presidencial de 2016, o ex-presidente Donald Trump e seu companheiro de chapa Mike Pence se comprometeram a apoiar o movimento anti-aborto e cumpriram essa promessa após a eleição, indicando juízes anti-aborto para a Suprema Corte, bem como para outros tribunais a nível estadual e local (SALEHIN; PILLAI, 2023). A nomeação desses juízes foi decisiva para a modificação da decisão sobre o aborto, mas é fruto da polarização política dos eleitores americanos e da sobre-representação de grupos com tendências conservadoras, não de uma retaliação à decisão anterior (SALEHIN; PILLAI, 2023).

Por conseguinte, esse julgamento fortalece o argumento de Marcelo Neves no sentido de que a situação da Constitucionalização simbólica não é apenas encontrada na periferia moderna, mas também há uma tendência, por um lado, a um aumento da "mobilidade nas distribuições" entre centros e periferias, mas por outro lado, há também uma paradoxal periferização dos centros (NEVES, 2015, p. 129). Isso porque, ao derrubar o precedente anterior que garantia o direito constitucional ao aborto, a Suprema Corte acabou por enfraquecer a força normativa da lei maior, levando ao desmonte dos mecanismos do Estado de bem-estar clássico, sem que tenham sido seriamente considerados novos mecanismos de inclusão para a construção de uma sociedade de bem-estar baseada em diferentes subsistemas sociais (NEVES, 2015, p. 129).

Transportando esse debate para o caso brasileiro, em especial com relação ao futuro julgamento da ADPF nº 442, é importante ressaltar o papel do STF enquanto órgão responsável por defender a Constituição, a partir dos mecanismos de controle de constitucionalidade (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1.173).

Une-se a isso o conceito de legislação simbólica, isto é, aquela em que há a prevalência do seu significado político ideológico em detrimento do seu sentido normativo aparente (NEVES, 1994, p. 32). Para Neves, a criação de leis é um momento de interseção entre o sistema

político e o sistema jurídico e, nessa perspectiva, a legislação simbólica seria a produção de textos cuja finalidade principal é servir a objetivos políticos, não necessariamente relacionados a questões jurídicas (1994, p. 32).

A partir de uma maior complexidade dos sistemas político e jurídico e da maior dificuldade de conferir autonomia a eles observada na modalidade periférica, a Constituição pode perder a sua força normativa, quando há um bloqueio social destrutivo da concretização da constituição, levando a uma “desconstitucionalização fática no processo de concretização jurídica” (NEVES, 2015, p. 126).

Ocorre que essa opção política é realizada em oposição a uma série de princípios constitucionais (direitos sexuais e reprodutivos femininos, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante, a igualdade de gênero etc.), que guardam por si só uma grande carga simbólica, mas que acabam por ter sua força normativa minada ante a situação degradante que as mulheres que optam pelo abortamento, em especial aquelas mais pobres e negras, se submetem.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal possui um papel central no debate do aborto, por ser um dos responsáveis pela mediação entre direito e política no Brasil, a partir do seu papel de intérprete e guardião da Constituição. Cabe a ele, portanto, durante o julgamento da ADPF 442, retirar do ordenamento jurídico normas que contrariam a Lei Fundamental através dos mecanismos de controle de constitucionalidade, a fim de conferir a ela a devida força normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABORTION Is Now Illegal in 11 U.S. States. **Center for Reproductive Rights**, 2022. Disponível em: <https://reproductiverights.org/abortion-illegal-11-states/>. Acesso em 25 nov. 2022.
- AFTER Roe Fell: Abortion Laws by State. **Center for Reproductive Rights**, 2022. Disponível em: <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>. Acesso em 23 dez. 2022.
- AGUIAR, B. S. de; PEREIRA, M. R. O antifeminismo como backlash nos discursos do governo Bolsonaro. **Agenda Política**, v. 7, n. 3, p. 8–35, 2019. Disponível em: <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/271>. Acesso em: 20 dez. 2022.
- ALMEIDA, T. M. C. DE; BANDEIRA, L. M. **O aborto e o uso do corpo feminino na política**: a campanha presidencial brasileira em 2010 e seus desdobramentos atuais. *Cadernos Pagu*, n. 41, p. 371–403, dez. 2013.
- ARGENTINA. **Decreto 14/2021**: DEPPA-2021-14-APN-PTE - Promúlgase parcialmente la Ley N° 27.610. Buenos Aires: Boletín Oficial de la República de Argentina, 2021. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239808/20210115>. Acesso em 26 nov. 2022.
- ASSIS, Mariana Prandini. **Análise Aborto nas eleições presidenciais de 2022: rumo a um tratamento justo?** Belo Horizonte: Brasil de Fato, 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/06/23/analise-aborto-nas-eleicoes-presidenciais-de-2022-rumo-a-um-tratamento-justo>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- BANDEIRA, L.; MELO, H. P. DE. **O conflito entre reprodução e o desejo**. Niterói: 62ª SBPC, v. 11, n. 1, p. 239-254, 2. sem. 2010 Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30943/18032>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: Revista Direito e Práxis, 2017. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em 25 nov. 2022.

- BARUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BERGALLI, Roberto; BORDELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho. In: **Anuario de Filosofía del Derecho IX**, 1992, p. 43-73.
- BIROLI, Flávia. **Aborto, justiça e autonomia**. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). **Aborto e democracia**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 18.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 154-B)**, v. 2. São Paulo: SaraivaJur, 22^a ed. 2022.
- BITTENCOURT, Malu Peres. **O Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal: um termômetro para a crise do sistema de precedentes no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei e Outras Proposições**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=2022&autor=&inteiroTeor=aborto&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=03/12/2022&page=false>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2022.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 2.282, de 27 de Agosto de 2020.** Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>.

BRASIL. **Portaria nº 2.561, de 23 de Setembro de 2020.** Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.069/2013.** Brasília: Portal da Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 29/2015.** Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581.** Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP). Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, julgado em 4 de mai.

2020, p. em 12 de mai. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, j. em 12 de abr. 2012, p. em 23 de abr. de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus nº 124.306**. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça (STJ). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, julgado em 9 de ago. de 2016, publicado em 16 de mar. De 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, Íntegra do Processo, autuado em 8 de mar. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Brasília: STF, 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&legislacoes=CP-1940:1940:art:124:inc::let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=aborto&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Consenso de Genebra: Brasil transmite à Hungria a liderança do grupo de países que defendem a vida desde a concepção**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/consenso-de-genebra-brasil-transmite-a-hungria-a-lideranca-do-grupo-de-paises-que-defendem-a-vida-desde-a-concepcao#:~:text=Oficialmente%20chamado%20de%20%E2%80%9CDeclarar%C3%A7%C3%A3o%20de,vida%20humana%3B%20fortalecimento%20da%20fam%C3%ADlia>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. **Desligamento do Brasil do Consenso de Genebra** – Nota Conjunta do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Saúde, do Ministério das Mulheres e do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/desligamento-do-brasil-do-consenso-de-genebra. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRAUN, Julia. **O que pode mudar com saída do Brasil de “aliança antiaborto”**. São Paulo: BBC News Brasil, 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64326737>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BURTON, Julia. Prácticas feministas en torno al derecho al aborto en Argentina: aproximaciones a las acciones colectivas de Socorristas en Red. In: **Revista Punto Género**, n. 7, p. pp. 91–111, 2017. Disponível em: <https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/46268>. Acesso em: 24 dic. 2022.

CEPEDA, Augustina. Los abortos no punibles. In: **Descentrada**, v. 1, nº 2. Mar del Plata: 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6169864>. Acesso em 26 nov. 2022.

COLOMBIA. **Sentencia C-055-22**, M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, j. 21-2-2022. Bogotá: Corte Constitucional, Comunicado 5, 2022. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>. Acesso em 26 nov. 2022.

CORTÊZ, Natacha. **Cida Gonçalves: “Não será esta ministra a definir o debate do aborto”**. Brasília: Marie Claire, 2023. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/politica/noticia/2023/02/cida-goncalves-nao-sera-esta-ministra-a-definir-o-debate-do-aborto.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CUNHA, Bruno Santos. **Ainda Sobre o Aborto**: Discussões Pretéritas e Recentes No Direito Norte-Americano. Recife: ESDP, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/49026854/Ainda_sobre_o_aborto_discuss%C3%B5es_pret%C3%A9ritas_e_recentes_no_direito_norte_americano. Acesso em 25 nov. 2022.

- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 ao 361). 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- DATAFOLHA: cai de 41% para 32% parcela da população que quer proibir aborto em qualquer caso no Brasil. **G1**, 3 de jun. de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2022/06/03/datafolha-cai-de-41percent-para-32percent-parcela-da-populacao-que-quer-proibir-aborto-em-qualquer-caso-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 de nov. de 2022.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Relatórios contendo informações penitenciárias referentes ao contexto nacional**. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/brasil>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 13ª ed., 2016.
- DINIZ Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. *Cien Saude Colet*, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?lang=pt>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- DINIZ, Débora; CARINO, Giselle. **Não há “backlash” provocado pelo feminismo**. *El País*, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/07/opinion/1551994753_797742.html. Acesso em: 13 nov. 2022.
- DINIZ, Debora; CORRÊA, Marilena. **20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?lang=pt>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- DORNELLES, João Ricardo W. **O que é crime**. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Brasiliense, 1998.
- EMMERICK. Rulian. **Corpo e poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2007.
- ESPAÑHA. **Ley de 24 de enero de 1941**. Para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista. Madri: BOE, 1941. Disponível em:

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/033/A00768-00770.pdf>. Acesso em 26 nov. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de 2010**. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Madrid: BOE, 2010. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>. Acesso em 26 nov. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de 1985**. Reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Madrid: BOE, 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>. Acesso em 26 nov. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Roe v. Wade**. Washington: 410 U.S. 113, 1973.

FALCÃO, J. et al. **VI Relatório Supremo em Números: a realidade do Supremo Criminal**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019. p. 22.

FALUDI, Susan. **Backlash: o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres**. Tradução: Mário Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001. Título original: Backlash: The Undeclared War Against American Women.

FOUCAULT, M. **Microfísica del Poder**. Madrid: La Piqueta, 1991.

G1. **Lula diz ser contra o aborto e que discussão sobre o tema é “papel do Legislativo”**. São Paulo e Brasília: G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/eleicoes/2022/noticia/2022/10/07/lula-participa-de-caminhada-com-apoiadores-na-grande-sao-paulo.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2023.

GARCIA, Gabryella. **“Alívio e gratidão”, advogada conta sensação da mãe tendo a filha de volta em SC**. Marie Claire, 2022. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Feminismo/Violencia-de-Genero/noticia/2022/06/alivio-e-gratidao-advogada-conta-sensacao-da-mae-tendo-filha-de-volta-em-sc.html>. Acesso em: 15 fev. 2023.

GÉRVAS, Juan. **Historia del aborto en España: el Decreto de la Generalitat de Cataluña, 1936**. Madrid: Acta Sanitaria, 2016. Disponível em: <https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936/>. Acesso em: 18 ago 2021.

- GINSBURG, Ruth Bader. **Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade**. In: North Carolina Law Review, vol. 63, 1985. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nclr63&div=20&id=&page=>. Acesso em 10 de jan. de 2023.
- GLOBALLY, 3 in 5 citizens say abortion should be legal in all or most cases. **IPSOS**, 2 de ago. de 2022. Disponível em: <https://www.ipsos.com/en/global-advisor-abortion-2022>. Acesso em: 23 de nov. de 2022.
- GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. **Before Roe v. Wade: voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling**. New Haven, Conn.: Yale Law School, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984 [1962].
- HIRSCHL, Ran. **The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**, In: Fordham L. Rev., n. 75, 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14>. Acesso em 20 dez. de 2022.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. In: **Harvard Law Review**, vol. 119, n. 1, nov. de 2005.
- Joffe, Carole. (2017). What will become reproductive issues in Trump's America? In: **Sexual and Reproductive Health Matters**. San Francisco: National Library of Medicine, v. 25, 2017. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09688080.2017.1287826>. Acesso em 30 de jan. de 2023.
- KAUFMAN, R. et al. Global impacts of *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* and abortion regression in the United States. In: **Sexual and Reproductive Health Matters**. San Francisco: National Library of Medicine, v. 30, n. 1, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9673802/>. Acesso em 30 de jan. de 2023.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1998. Título original: Reine Rechtslehre.
- KUNZLER, Caroline Morais. **A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Araraquara: Estudos de Sociologia, n. 16, p. 123-136, 2004.

- LIMA, N. D. F.; CORDEIRO, R. D. L. M. Aborto, Racismo e Violência: Reflexões a partir do Feminismo Negro. In: **Revista Em Pauta**, v. 18, n. 46, 8 jul. 2020.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v. 1, 1983. Título original: Rechtssoziologie 1.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 1993. Título original: Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat.
- MACHADO, L. Z. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. In: **Cadernos Pagu**, n. 50, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/73SMtDzqPPXMYXqThvFFmjc/?lang=pt>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- MAIA, Mônica Bara (org.). **Direito de decidir - Múltiplos olhares sobre o ABORTO**. Belo Horizonte: Grupo Autêntica, 2008. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582179635/>. Acesso em: 12 jan. 2023.
- MARQUES, José de Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, v. IV, 1997.
- MARTINS, A. P. A. et al. Estupro e gravidez de adolescentes no Brasil: características e implicações na saúde gestacional, no parto e no nascimento. In: **Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável**. 1ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2018, v. 1, p. 237-258.
- MATOSO, Filipe. **Ministério revoga portaria que incluiu aborto legal na tabela do SUS**. Brasília: G1, 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/05/ministerio-revoga-portaria-que-incluiu-aborto-legal-na-tabela-do-sus.html>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 14ª Ed.
- MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia Millena. **Feminismo e política: uma introdução**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Almedina, 2017.

- MOSESON, H. et al. Abortion experiences and preferences of transgender, nonbinary, and gender-expansive people in the United States. In: **American Journal of Obstetrics and Gynecology**, v. 224, n. 4, p. 376.e1–376.e11, abr. 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0002937820311261>. Acesso em 20 dez. de 2022.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo. Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução: Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2018. Título original: *Verfassung Und Positivitat Des Rechts in Der Peripheren Moderne: Eine Theoretische Betrachtung Und Eine Interpretation Des Falls Brasilien*.
- NEVES, Marcelo. **Os Estados no centro e os Estados na periferia**: Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 52, n. 206, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas corpus**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. **Diretriz sobre cuidados no aborto**: resumo. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2022. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/355465>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. 2ª edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2020.
- PITANGUY, Jacqueline. O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos. In: **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999.
- POLITICO Staff. **Read Justice Alito’s initial draft abortion opinion which would overturn Roe v. Wade**. Arlington: Politico, 2022. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504>. Acesso em: 7 jan. 2023.
- PRETTO, Pedro Siqueira De, e PRETTO, Renato Siqueira De. Intepretação constitucional e limites à reação legislativa. In: **Interpretação Constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

- REBOUÇAS, Melina Séfora Souza e DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não Nascer: Algumas Reflexões Fenomenológico-Existenciais sobre a História do Aborto. In: **Psicologia em Estudo**, v. 16, n. 3. Maringá: UEM, 2016. P. 419-428.
- ROCHA, Lucas; RODRIGUES, Basília. **Ministra da Saúde promete combate a fake news sobre vacinas e retorno de Zé Gotinha em entrevista à CNN**. São Paulo e Brasília: CNN Brasil, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/ministra-da-saude-promete-combate-a-fake-news-sobre-vacinas-e-retorno-de-ze-gotinha/>. Acesso em: 22 jan. 2023.
- ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre aborto no Brasil**: uma síntese. São Paulo: R. bras. Est. Pop., v. 23, n. 2, 2006.
- RONDON, G. et al. **Esclarecimentos sobre o documento do Ministério da Saúde (2022) “ATENÇÃO TÉCNICA PARA PREVENÇÃO, AVALIAÇÃO E CONDUTA NOS CASOS DE ABORTAMENTO”**. Brasília: Anis e Cravinas, 2022. Disponível em: <https://projetcravinas.wordpress.com/2022/06/24/esclarecimentos-sobre-o-documento-atencao-tecnica-para-prevencao-avaliacao-e-conduta-nos-casos-de-abortamento-do-ministerio-da-saude/>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- SABINO, D.; ROSSO, M. D. **Eleições exibem maior percentual de mulheres no Congresso**. Brasília: Agência de Notícias CEUB, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.uni-ceub.br/politica-e-economia/eleicoes-de-2022-exibem-maior-percentual-de-mulheres-na-camara-dos-deputados-e-no-senado/>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- SALEHIN, Mashooq; PILLAI, V Vijayan K. Social Development and Abortion Policies in the United States: State-Wise Variations. In: **Social Development Issues**, v. 44, n. 3, 2023. Disponível em: <https://journals.publishing.umich.edu/sdi/article/id/3712/>. Acesso em 30 de jan. de 2023.
- SANTOS, Fabiano; TANSCHHEIT, Talita. **Quando velhos atores saem de cena**: a ascensão da nova direita política no Brasil. Bogotá: Colombia Internacional, n. 99, p. 151–186, jul. 2019.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>.

- SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. In: **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de Comunicação e Expressão da UFSC, 2008, vol. 16, pág. 675-680. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/zMtW-mSKVWgNMKNtMWS3LV3b/?lang=pt>. Acesso em 25 nov. 2022.
- SCHREIBER, Mariana. **Eleições 2022**: as contradições de Bolsonaro e Lula sobre aborto. Brasília: BBC News Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63265227>. Acesso em: 22 de nov. 2022.
- SHIN, Geiguen; Webber, David J. **Red states, blue states**: how well do the recent national election labels capture state political and policy differences? Columbia: *The Social Science Journal*, 2014, p. 386–397. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.sos-cij.2014.04.006>. Acesso em 30 de jan. de 2023.
- SILVA, Bianca Petri da; TYBUSCH, Francielle Benini Agne; BUDÓ, Marília de Nardin. ADPF 442: a tutela penal da vida nas audiências públicas sobre a descriminalização do aborto. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 127-154, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/74412>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional**: uma teoria de unificação do direito constitucional material. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- SKELTON, Chris. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 U.S. Mountain View: Justicia, 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392/>. Acesso em 25 nov. 2022.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Banco do Conhecimento EMERJ, 2008.
- SOUZA, Josiene. **Direito ao aborto**: Reflexões disruptivas em busca do protagonismo feminino sobre o direito ao próprio corpo. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.
- SUPPORT for legal status of abortion growing in Latin America while softening in Western Europe. In: **IPSOS**, 17 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.ipsos.com/en/global-views-abortion-2021>. Acesso em: 23 de nov. de 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Lula.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001607829>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Jair Bolsonaro.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001618036>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Léo Péricles.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001602702>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Vera.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001607831>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Sofia Manzano.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001600167>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Padre Kelmon.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001734029>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Pablo Marçal.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001600179>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Divulgação de Candidaturas e Contas: Simone Tebet.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001607833>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Resultados.** Brasília: TSE, 2022. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao-resultados/resultado-da-elei%C3%A7%C3%A3o?session=202505440204157>. Acesso em: 28 nov. 2022.

VILA-NOVA, Carolina. **Ministra Damares Alves agiu para impedir aborto em criança de 10 anos.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/ministra-damares-alves-agiu-para-impedir-aborto-de-crianca-de-10-anos.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.