

Artigos

Recebido: 10.09.2020

Aprovado: 13.02.2022

Publicado: 10.2023

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v11i2.7505>

Ativismo judicial e barreiras políticas que aniquilam performances de gênero: um registro sobre o abortamento legal no Brasil

Tainá Machado Vargas<https://orcid.org/0000-0001-6708-1261>*Paula Pinhal de Carlos*<https://orcid.org/0000-0002-7118-4244>

Resumo: Este artigo tem por objetivo revelar as principais dificuldades enfrentadas por inúmeras mulheres na luta pelo direito à interrupção da gravidez. Essa luta tem desencadeado reações globais organizadas de muitos movimentos sociais, sobretudo feministas, para pressionar os Estados a revogarem suas leis criminais. A vontade expressa por esses movimentos é a de mudar o entendimento mais conservador sobre a prática do aborto, a ser despertado como um grave problema de saúde pública. A importância de preparar o tema antes de servi-lo, exige sensibilidade do leitor ao abranger o tema da biopolítica de controle reprodutivo sobre a gravidez e a corporalidade das mulheres, vinculadas ou não a experiências outras de não assimilacionismo reprodutivo. A abordagem temática será comentada a partir das recentes manifestações de ativismo judicial registradas por parte do STF, atualizando conflitos relacionados a problemática da saúde pública e ao aparecimento de novos casos ligados a doenças epidêmicas de origem ainda desconhecidas, tais como: o Zika, a Dengue, o Chikungunya, e agora, o novo Covid-19.

Palavras-chave: Ativismo judicial, aborto, Legalização, Descriminalização

Judicial Activism and political barriers that annike gender performances: a record about legal abortion in Brazil

Abstract: This article aims to reveal the main difficulties faced by countless women in the struggle for the right to terminate pregnancy. This struggle has sparked organized global reactions from many social movements, especially feminists, to pressure states to repeal their criminal laws. The desire expressed by these movements is to change the more conservative understanding about the practice of abortion, to be awakened as a serious public health problem. The importance of preparing the topic before serving it, requires sensitivity from the reader when covering the topic of the biopolitics of reproductive control over pregnancy and the corporeality of women, linked or not to other experiences of non-reproductive assimilationism. The thematic approach will be commented on from the recent manifestations of judicial activism registered by the STF, updating conflicts related to

public health problems and the appearance of new cases linked to epidemic diseases of unknown origin, such as: Zika, Dengue, Chikungunya, and now, the new Covid-19.

Keywords: Judicial activism, abortion, Legalization, Decriminalization

Introdução

Este artigo se pretende como um catalizador de pensamentos, nos deslocando para o epicentro de novas questões com o seguinte propósito de encontrar o sentido crítico dos ativismos contemporâneos. Sendo assim, e se indagássemos sobre as restrições ao abortamento, que tem por intenção válida e certa a proteção da vida. Poderíamos, então, considerar que em algumas circunstâncias, este mesmo poder da vida em si, – também passe a ser limitado e limitante – no sentido de ser, flagrantemente, mais destituído em vida às mulheres, quando favorecemos abjeções maiores em nome de uma suposta “proteção à consciência socioprodutiva de parir”? A linguagem da lei não nos favorece respostas.

Recorrendo ao constitucionalismo tradicional, este concebido como um pressuposto de um *dever-ser* entre o Direito e o campo da Moral, veremos que na prática essas duas esferas não abdicam de separações totais. Pelo contrário, *aprofundam-se* separações em busca de uma *autonomia recíproca a ambos os lados como trincheiras*. Afinal, aprendemos a recitar que “O direito se preserva *livre* da moral, enquanto a moral se preserva, também, *livre* do direito”. No entanto, sabe-se que há direitos que transbordam reivindicações de soberania ao próprio corpo, e com isso, elevam os debates jurídicos constitucionais ao limite do *indecidível*. Isto é, a defesa do Direito ao aborto é uma dessas causas, e denuncia seus “atravessamentos” por esses espaços, por não tentar colonizar a moral a partir do direito.

Portanto, “unir direito e moral não só acaba com o direito, mas também com a moral e a liberdade crítica sobre o direito como fundamento de um Estado laico e democrático”¹. Diante desse conflito, as arquiteturas jurídicas e sociais sob as quais nos afeiçoamos, terão de refutar o direito como via de acesso a compartilhamentos de valor, e a reposicionar a sua outorga como protetor da *civilidade moral*. Nesse sentido, é possível pensar também que o Estado não se constitui enquanto próprio estado de *liberdade moral*, ou condição da moralidade. Aliás, o Estado é o fenômeno que nasce e reforça a sua origem *egoística* contra todos, muito embora em sua lógica prática, pouco seja ponderada pelo coletivo como uma força que age contra seus próprios interesses ou pela “segurança das normas”. Embora tenha sido arquitetado como meio de proteção e *bem-estar social*, o Estado procede, metodologicamente, renunciando cada vez mais ao seu limitado ponto de vista individual.

Busca-se, com isso, afastar da sua proteção diversos grupos sociais vulneráveis em favor de premissas políticas cada vez mais universais e totalitárias. Isto é, pode-se dizer que tal “*paradigma do egoísmo*” seja contaminante. Aos poucos, vai se tornando comum a todos, uma vez que diante da multiplicidade de vontades particulares, a tendência é a de que o Estado sobreponha anseios comuns de dominação de poucos sobre muitos e muitas.

1 KUHN, Lucas Bortolini. da separação à autonomia recíproca entre Direito e Moral: o constitucionalismo garantista e a jurisdição constitucional democrática. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade La Salle, Canoas, 2019.

Dessa forma, considerando a relevância dos conflitos éticos posicionados – contra e a favor – do corpo, da reprodução e seus alcances, as estatísticas nos dizem que a cada dois dias, uma brasileira perde a vida pela prática do aborto clandestino. Em muitos estudos, essa causa é apontada como a quinta maior causa de morte materna no Brasil. Ao ano, são mais de 250 mil mulheres levadas à hospitalização devido às complicações originadas de um abortamento inseguro².

É nesse sentido que, a normativa sobre o aborto segue produzindo distorções – ao invés de produzir direitos – e, isso interfere no amparo legal dedicado a muitas mulheres sub-representadas nas sociedades brasileiras. Deste modo, representar a causa do aborto implica, portanto, em dar visibilidade e em normatizar quais os corpos que são/serão representados – e em quais compreensões – a defesa da vida se dará. Que negociações precisam ser feitas para que o corpo das mulheres passe a se encaixar nos termos representacionais do Estado, no tocante ao abortamento legal, seguro ou pela descriminalização, ambos situados no mesmo território de reconhecimento e direitos? Essas e outras questões nunca conseguiram ser suprimidas do contato com o debate público. Pelo contrário, a tendência é a de que as cobranças sociais aumentem nesses difíceis tempos de contágio por doenças ainda desconhecidas. A exemplo do que ocorreu em 2013-2014 com o aparecimento de novas doenças em solo nacional tais como: chicungunha, dengue e febre amarela. Agora, nos preparamos para lidar uma nova cronicidade: o avanço internacional do novo Covid-19 e as disputas entre mesmas instituições sobre a problemática da saúde pública relacionada ao aborto.

De acordo com dados levantados pelo Ministério da Saúde e presentes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 422), discutida no plenário do Supremo Tribunal Federal, cerca de 1 milhão de abortos são provocados todos os anos no Brasil³. Em relação ao número de mortes, apenas no ano de 2016, contabilizou-se a perda de 203 mil mulheres, ou seja, é o equivalente a uma morte a cada dois dias. A notícia dessas tragédias reúne sentimentos de familiaridade, de rechaço às politizações genuinamente moralistas, e até as mais abstêmias relacionadas ao tema. Há também quem promova o desprezo e a sabotagem ideológica mais radical (mercado de fake News)⁴, ligadas à ala mais conversadora na política institucional. Independente disso, é perceptível a rápida aceleração do debate sobre o aborto e o seu desprendimento de certos *espaços éticos*. Avançamos para lugares em que o debate público se quer chegava a ser colocado, embora não se possa dizer que a realidade do aborto e as suas práticas no Brasil sejam, de fato, totalmente desconhecidas. Situam-se nesta batalha pela descriminalização, de um lado, o direito das mulheres e do outro, uma possível voz institucional que ecoa de forma precária, que nasce entre o senso de justiça e a consciência do justo, de dentro das cortes judiciais.

Ambientando a crítica entre esses dois espaços medidos e articulados como força conclusiva de certo

2 <<https://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>> Acesso: 18.08.20.

3 Dados sobre a prática do aborto no Brasil produzido pelo Ministério da Saúde. Disponível no site: <http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html> Acesso: 03-dez-18.

4 Uma Fake News de caráter oposicionista foi detectada nas redes sociais. Nesta, veiculava-se um cartaz com a foto do presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM), atrás da ilustração de um boneco (semelhante a um feto humano) acompanhava a mensagem: “Luto”. A legenda dizia: “Na calada da noite Rodrigo Maia e seus comparsas aprovam o aborto até 22 semanas no Brasil”. <<https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2020/07/13/e-fake-que-camara-aprovou-aborto-ate-22-semanas-no-brasil.ghtml>> Acesso:13.ago.2020.

protagonismo social, deseja-se, portanto, explorar o papel do Judiciário como ativista nesses ambientes socioinstitucionais, de abertura propositalmente restrita e, às vezes, de ordem sigilosa em relação aos seus procedimentos funcionais. Na qualidade legítima de dizer o direito, essas estruturas oferecem respostas legislativas diferentes à maioria das questões de gênero. Fatos e realidades sociais são conectadas a um direito que, quase naturalmente, acaba se vinculando a soluções estratégicas de natureza penal.

O objetivo do presente debate busca questionar a legitimidade dos julgamentos em que se acusa a sombra do ativismo, enquanto eventual obstáculo ao exercício da importante atividade jurisdicional e legislativa. Para tanto, discutiremos a forma com que o Judiciário brasileiro tem enxergado os projetos legislativos sobre a legalização do aborto. Nesse percurso, lidaremos com a elaboração de novas diretrizes políticas, com questões religiosas, ortodoxias desafiadoras e outras motivações, sob as quais por diversas vezes anseiam reverter conquistas dedicadas às mulheres e a ampliação das lutas feministas no cenário nacional e internacional.

“O ser mulher é, e o não ser, não é”: tensões filosóficas entre a atuação jurídica das cortes e o reclame do direito à existência

Inicialmente cabe atribuir explicação à presença do título escolhido, uma vez que essa escolha não é algo que nos toca por acaso. Esse título materializa a sentença primordial de toda a história contada no Ocidente, ou seja, o *ser* é tudo aquilo que pode ser aprisionável coerentemente pelo *logos* [razão], e o não-ser é aquilo que pode ser descartado, violado, reduzido ao rótulo de irreal, e, até desmaterializado do universo verdadeiro⁵.

O que se pretende dizer é que o intelecto, de acordo com o princípio da *não contradição* aristotélica,⁶ coordena o empírico que lhe aparece sem mistérios: ele o domina. No entanto, essa estratégia da razão se mostrou inconsistente ao longo da história. Não há adequação entre realidade e intelecto, há apenas a necessidade de o intelecto dominar o que está fora dele. De fazer deste *Outro* um prisioneiro seu. A lógica da dominância patriarcal nasce da mesma na esfera da teoria e da prática⁷, conforme demonstraremos de igual forma, a partir do Direito.

Essa racionalidade profundamente contaminante está nas definições do que é e de quem é o sujeito histórico, na qualidade que elege a filosofia como elemento que ajuda a caracterizar nossas identidades existenciais, e às vezes, a auto determiná-las pelo *apedrejamento* (ou cancelamentos) baseados em um determinismo moral. Está cada vez mais presente nas práticas institucionais e na Teologia como recurso que traz marcas morais e disciplina a dor dos corpos que não alcançam a espiritualidade.

De um lado, está à espiritualidade e a sua relação inefável com as crenças milenares e, portanto, tão difíceis de confrontar. A deidade do sagrado estende-se na representação do controle institucional da

5 SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade e desagregação*. Sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 22 e 136.

6 O princípio da não contradição foi originariamente proposto por Aristóteles, e diz-nos que uma proposição verdadeira não pode ser falsa e uma proposição falsa não pode ser verdadeira.

7 TIBURI, Márcia. Crítica da razão e mimesis no pensamento de Theodor Adorno. Porto Alegre: Edipucrs, 1995, p. 51.

Igreja. É esta organização que definirá o uso dos costumes à imagem do seu criador (Deus), ainda que nem tudo pareça funcionar dessa forma. Um exemplo disso é a *biopolítica do sagrado*, então determinada pela Igreja Católica para universalizar os corpos e os comportamentos implicados no matrimônio. O aborto nem sempre foi visto como um pecado, mas num dado momento histórico, a sua proibição foi adotada via estratégia política⁸.

É também através da performatividade do corpo, da arte e das suas celebrações culturais que o humano se une ao divino pela prática do discurso. Essa separação de papéis sociais está presente à imagem e semelhança das representações religiosas. A mulher santa (Maria, mãe de Jesus) é o simulacro corpóreo da dor, do flagelo da culpa e de uma sexualidade amputada. A sua afeição e coragem estão sempre contidas na forma iconoclasta, na metáfora do ventre como receptáculo.

Já a força do homem é imanente ao espírito, encarna as próprias narrativas na forma da imagem. Em contrapartida, a sacralidade dos corpos femininos é sempre contestada pelo peso e importância que ocupa a sua sexualidade no mundo da vida e dos afetos⁹. É por isso que a fase da maternidade para uma mulher proporciona, de um lado, a sacralização da sua existência – por conter a virtude biológica da vida dentro em si – e, de outro, a interrupção do imaginário pornográfico, desejante e profanador do homem sobre o seu corpo.

Uma das formas possíveis de sair desse dilema masculino entre a moral e a economia dos corpos femininos pode se dar pela evolução do seu papel social através da maternidade. Nem na plenitude da gravidez a mulher goza da sacralidade desejada, pois, enquanto torna-se ser-mãe, a mulher é lentamente apagada dentro próprio desejo de ser-mulher. É nesses locais de representação da cultura, que esses papéis se sustentam em diferentes lugares, para representar o vazio e o desejo no mesmo ser.

A história bíblica diz que o registro da primeira concepção da vida surge entre Eva e Adão após o pecado compartilhado da desobediência. No ato de devorar a maçã, em busca da mesma sabedoria de Deus, o criador resolve punir a falível curiosidade da mulher com o castigo das dores do parto. Por não ter sido capaz de dominar o próprio desejo, as dores e o sofrimento passam a gestar a existência humana e a sobrecarregar o corpo físico das mulheres como uma espécie de fastio permanente. Por isso, “só foram férteis após o pecado”¹⁰. A dor da concepção faz parte do castigo da mulher. Pode ser entendida também como uma forma de apresentar o seu corpo como função-lugar significativa no mundo. A ordem de crescer e multiplicar tinha sido dada, mas só poderá ser realizada no lado externo do “jardim das delícias”¹¹.

A vida do embrião é mais sagrada que o próprio corpo que nele se desenvolve porque a espiritualização

8 A interrupção da gravidez só passou a ser rejeitada pelo Vaticano a partir do ano de 1869, por iniciativa do papa Pio IV. Parte desse acordo se deu entre a Igreja e a França, sob o comando de Napoleão III. A estratégia de condenar o aborto ao pecado teve por objetivo estancar a crise de baixa natalidade que se opunha fortemente aos planos de início à industrialização. Em troca, a Igreja Católica ganharia a força militar de que precisava para concretizar a unificação da Itália.

9 BORGES; Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. FILOSOFIA: machismos e feminismos. In: Aborto como metáfora. TIBURI, Márcia. Florianópolis: Ed. UFSC, 2016.

10 KARNAL, Leandro. Pecar e perdoar: Deus e o homem na história/Leandro Karnal. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014, p. 19.

11 Ibidem.

só acontece devido ao seu significado, essencialmente puro da vida, que é gerada e multiplicada em alguém¹². É nesse mesmo sentido que a vida da mulher é pouco discutida no que concerne à sua própria vontade.

Desde a Idade Média tentou-se adequar esse modelo de “ser”, unindo fé e razão, reduzindo o sentido do ser a Deus (ontoteologia). Insiste-se, assim, em estabelecer um padrão unívoco de percepção com base em representações distintas das realidades de gênero. Contudo, o eterno retorno ao protótipo de sexualidade original não vem se partindo entre gerações, mas se reorganizando satisfatoriamente para ser utilizado como diretriz de novas ordens hegemônicas. Para atender à essa lógica consagrada (com-o-sagrado). É nesse sentido que a valorização da vida e do corpo do embrião florescem cuidados metafísicos, enquanto o corpo e a vida das mulheres não são tratados com o mesmo cuidado ético¹³.

Quando a teologia é associada à ideia de sacralidade em AGAMBEN¹⁴, como algo secretamente ligado à presença da maternidade e reservada ao universo feminino, compreende dizer que tudo que é adorado e casto costuma gerar certo distanciamento¹⁵. O que a sacralização da maternidade gera na vida de uma mulher é torná-la, culturalmente, isolada e mais autossacrificante.

Nesse sentido, quando a mulher tornar-se mãe, ela passa a ser o próprio *homo sacer*¹⁶, aquela que é incluída pela exclusão. Noutras palavras, significa dizer que o corpo feminino é o corpo que pode ser dilacerado, morto, sem que a sua morte represente uma ameaça ao social. A morte também não deveria ser objeto sacrificial do religioso e do jurídico. “A vida insacrificável e à qual, não obstante, se pode matar, é a vida sagrada”¹⁷

Já as outras mulheres que se recusam a expiar as suas dores pelo sacrifício, ou renunciam aos fetiches da maternidade, podem ser socialmente punidas pela exclusão¹⁸. Aqui encontramos uma contradição biopolítica importante: o aborto nos é negado de diversas formas enquanto direito, e pelos mesmos motivos ele acontece no campo do simbólico; quando se nega às mulheres o seu direito de participar da vida política. Negam-nos espaços para que não possamos lidar politicamente com as nossas próprias existências, nem criar estratégias para defendê-las a partir de escolhas individuais. Ao não se discutir a moralidade que pesa sobre os argumentos dirigidos ao tema do aborto, acaba-se reforçando a legalidade das instituições em não refletir sobre os prejuízos sociais causados a sociedade, de maneira geral.

12 TIBURI, Op. Cit., p. 169.

13 Ibidem.

14 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

15 Ressaltam-se divergências sobre as recentes manifestações políticas feitas por Giorgio Agamben e Slavoj Zizek ao analisar a pandemia do Coronavírus COVID-19 e da SARS-CoV-2, que se manifestou no final do ano de 2019 no mundo. Ambos intelectuais foram mencionados pelo Ministro Araújo, que os citou para fundamentar um recente artigo de sua autoria. Dentre algumas teses, sustentou-se que a atual pandemia poderia ensejar um movimento político contra a democracia liberal, justificando, portanto, o uso de medidas excepcionais dos Estados nacionais que semelham às de um Estado de exceção nazista. Para mais informações: MARTINS, Ricardo Evandro Santos. O vírus neoliberal no Brasil e a polêmica com Giorgio Agamben. *Volutas: Revista Internacional de Filosofia* DOI: 10.5902/2179378644019 Santa Maria, v. 11, e20, p. 1-8 ISSN 2179-3786

16 Ibidem, 2004.

17 Ibidem., 2004, p.107-108.

18 Ibidem, 2004, p. 89-94.

Atualmente, as discussões que pertencem ao Direito e a Moral, mais especificamente sobre a regulamentação dos direitos reprodutivos das mulheres, vêm invocando cada vez mais atenções dos tribunais superiores pelo mundo todo. No Uruguai, a legalização da prática do aborto foi amplamente reconhecida no país, a partir de 2012. Em Cuba, desde 1959 foi reconhecido como o primeiro país latino a legalizar essa prática, seguidas por países como Guiana Francesa e Porto Rico.

No Brasil¹⁹, a Pesquisa Nacional conduzida pela (PNA 2016) comparou dados aos da PNA 2010 para traçar o perfil das mulheres e a magnitude do aborto²⁰. Curiosamente, os resultados revelaram que até os quarenta anos, uma em cada cinco mulheres já abortou no Brasil. A pesquisa também levantou que essas mesmas mulheres são de diferentes classes sociais e religiões. Ainda que ilegal, 64% dos brasileiros entendem que cabe às mulheres a decisão de abortar.

Já na Argentina e no Chile essas pautas ainda dividem opiniões e tencionam expectativas parlamentares muito próximas de alterar o rigor da atual legislação antes do Brasil. Diferentemente do que acontece, na prática, essas proteções dedicadas ao tema tornam-se reféns de critérios restritivos e discricionários entre as cortes. E acabam por influenciar perfis de quem será ou não beneficiada pelo direito de interromper a gravidez de forma segura. Fato que desperta atenções para a grande ampliação do Judiciário, enquanto protagonista decisório, garantidor da democracia liberal e dos direitos civis.

No entanto, nesses casos, interessa-nos as teorias jurídicas desenvolvidas a partir do constitucionalismo garantista e do ativismo judicial, proposto como modelo inaugural através de autores renomados como: Luigi Ferrajoli, e, posteriormente trabalhados por Sérgio Cademartori e Lênio Streck. A defesa desses constitucionalistas segue a via pela retomada de um novo lastro pós-positivista de interpretação dos direitos fundamentais. Principalmente, quando a função do Direito passa a planificar discussões econômicas e religiosas em torno de alguma pretensão de justiça, e de proteção sociocultural à integridade dos corpos das mulheres.

Contudo, adverte a prática que “qualquer margem de discricionabilidade jurídica é inevitável e insuprimível, porque está ligada, de um lado, aos limites da interpretação na racionalidade jurídica e, de outro, aos limites da indução de racionalidade probatória”²¹. Nesse sentido, cabe demonstrar que a dupla face performática do ativismo, que é admitida em algumas instâncias judiciais mais do que em outras. Segundo pesquisas realizadas em agosto de 2018, demonstra-se que em 83% das denúncias de aborto contra mulheres são mantidas pelo Judiciário²².

De acordo com o relatório do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) da Defensoria Pública de São Paulo,²³ a postura ativista de alguns magistrados contrários ao aborto dificulta

19 Informações extraídas sobre a legalização do aborto no Brasil, o Judiciário e a saúde da mulher. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/legalizacao-do-aborto-no-brasil-o-judiciario-e-a-saude-da-mulher>> em: 01. Dez.18.

20 Diniz D, Medeiros M. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Cien Saude Colet* 2010; 15(Supl. 1):959-966.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, Madri: Trotta, 1995. p. 248.

22 <<https://www.revistaforum.com.br/tjsp-nega-83-dos-habeas-corpus-pedidos-para-mulheres-acusadas-de-aborto/>> 01.dez.18.

23 Dados extraídos <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/06/tj-nao-concede-83-dos-habeas-corpus-pedidos->

a atuação da Defensoria em promover um maior nível de arquivamentos sobre esses casos. Esse fato colaboraria para intensificar preconceitos e a reprovação social das mulheres que rejeitam a maternidade como um acontecimento irrenunciável em suas vidas. A pesquisa destaca que entre as mulheres denunciadas criminalmente, a interrupção da gravidez de forma legal havia sido realizada com autorização judicial. Noutros casos, a comunicação sobre a violência sexual sequer chega a ser comunicada nos processos criminais.

Isso ocorre sem desprezar o fato de que as iniciativas de reforço aos mesmos princípios fundamentais comuns, também tergiversam dentro de comunidades, afetam relações políticas entre as autonomias, igualdades e litígios sobre vida e morte. Além do fato de que muitas vezes, a defesa militante, a manutenção e a mutação interpretativa da Constituição, possam ser traduzidas como passaportes para o reconhecimento de novos direitos ou da ausência destes nas sociedades modernas.

A atuação do Supremo Tribunal Federal promoveu audiências públicas para debater sobre a ADPF nº 442, que versa sobre a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. A articulação de um único partido político no Brasil tem recomendado propostas favoráveis à legalização (PSOL). O objetivo do projeto é o de que as interrupções realizadas até a décima segunda semana de gestação deixem de ser considerado crime. No entanto, o atual cenário político e a ação intervencionista de alguns grupos ativistas (pró-vida) organizados, fortaleçam reações contrárias à permissão do aborto no país.

Em 2012, o mais perto que se conseguiu avançar no debate sobre a legalização do aborto foi à discussão em torno da ADF nº 54. Analisada pelo plenário do STF, o julgado versou sobre a possibilidade da interrupção da gravidez quando o feto for anencefálico. Em 01 de maio de 2020 a ADI 5.581²⁴, revisita as medidas de vigilância em saúde respectivas a epidemia da dengue, *Chikungunya*, e *zika*, que produziu a síndrome microcefalia transmitida às gestantes pelo mosquito *Aedes aegypti*.

O voto mais aguardado foi o Min. Luís Roberto Barroso, que fez questão de salientar a responsabilidade do Estado sobre os direitos sexuais e reprodutivos como parte de um conjunto dos direitos fundamentais. Reafirmou também o compromisso com a defesa das liberdades individuais considerando que a privação destes, incide com maior intensidade sobre a vida das mulheres pobres e racializadas, alvos da criminalização.

O aborto é um fato indesejável, e o papel do Estado e da sociedade deve ser o de procurar evitar que ele ocorra, dando o suporte necessário às mulheres. Reitero, porém, o meu entendimento, já manifestado em decisão anterior (HC 124.306), de que o tratamento do aborto como crime não tem produzido o resultado de elevar a proteção à vida do feto. Justamente ao contrário, países em que foi descriminalizada a interrupção da gestação até a 12ª semana conseguiram melhores resultados, proporcionando uma rede de apoio à gestante e à sua família. Esse tipo de política pública, mais acolhedora e menos repressiva, torna a prática do aborto mais rara e mais segura para a vida da mulher. (..) Não é o caso de se explorar analiticamente, nessa instância, o conjunto de direitos fundamentais da mulher afetados pela criminalização, como sua liberdade individual, igualdade e direitos sexuais e reprodutivos. Nem tampouco de demonstrar as razões pelas quais a proteção do feto, importante como é, não está acima desses direitos. Para que não haja dúvida: mulheres são seres autônomos, que devem ter o

[pela-defensoria-para-mulheres-acusadas-de-aborto-em-sp-diz-pesquisa.ghtml](#)> 01.dez.18.

24 Ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 24.8.2016 pela Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP. Fonte: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-adi-5581.pdf>> Acesso: 19.ago.20.

poder de fazer suas escolhas existenciais²⁵.

Nota-se a partir dessa mesma conjuntura ética, que o fundamento judicial sobre a legalização do aborto sustenta o dever de responsabilidade do Estado com a política do cuidado integral às mulheres. No entanto, pensar que o “aborto só é proibido para quem não dinheiro” não é verdade. Endividar-se para garantir a realização de um aborto gera uma consequência crucial: na prática, mulheres pobres não deixam de fazê-lo, embora o façam em piores condições. Isso indica que mulheres pobres também fazem aborto, e de que essa prática não deveria ser encarada como um privilégio de classe em si, mas como um acesso facilitado de recursos, mais ou menos seguros, a alguns corpos ou (mais a alguns do que em relação a outros). No fim de tudo, o sofrimento é comum à todas.

Para o conservadorismo religioso, a questão é a de que mulheres pobres costumam ser mais *infantilizadas*²⁶, suprimidas na sua potência de expressão e de direito à voz. Com frequência, o argumento da *incapacidade*²⁷ costuma ser empregado em um postulado *classista*, ao angular a dimensão da pobreza e dos corpos vulneráveis e racializados à margem da miséria, da ignorância, e do desconhecimento popular sobre o aborto e seus direitos reprodutivos.

Assim, a maternidade parece ser retratada como uma camada compulsória para mulheres pobres, como um *destino-indubitável*, cuja única alternativa seria aceitá-la. De outra maneira, o debate sobre o aborto é demasiadamente diminuído de singularidade dentro das periferias. Há relações de *tutela paternalista religiosa, liberal e heteronormativista* em ação, que prevalecem transversais nas comunidades, reproduzindo fontes de opressão discursiva de ação contaminante entre (norte-sul, sul e sudeste, entre o centro e o periférico nas lutas feministas). Isso, por sua vez, produz hierarquias epistêmicas sobre outras mulheres e suas experiências, mais exploradas do que em relação a outras formas de ser mulher, que não se encaixam em numa só versão²⁷.

Nesse sentido, a defesa liberal ao aborto para estas disfarça-se de um direito que, para existir, precisa consumir-se como pressuposto de liberdade fundamental. Como a classe trabalhadora geralmente não os consome, o aborto, uma liberdade, torna-se uma abstração constitucional distante. Isto é, parece que para conceber princípios libertários, este direito já deve nascer como privilégio de classe. A discursividade *jurídica, heterossexual e católica* irá valer-se dessas mesmas comparações para endossar apenas a *descriminalização* como forma de simbolizar componentes em torno da desigualdade material e da violência econômica, que, de fato, atinge com maior frequência mulheres pobres e racializadas. Para tal fim, em alguns casos, justifica-se a técnica da “esterilização compulsória”²⁸ como uma saída pragmática:

25 Inteiro teor do voto da ADPF 54 relatada pelo Ministro Marco Aurélio (STF). As informações acessadas estão disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> 01.dez.18.

26 GAGO, Verónica. A potência, ou o desejo de transformar tudo. Tradução de Igor Perez. São Paulo elefante, p. 126-128, 2020

27 SCHULMAN, Gabriel. Esterilização Forçada, Incapacidade Civil e o Caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, v. 6, n. 2, 2018.

28 O procedimento de esterilização pode apresentar-se para as mulheres pobres tanto como um recurso desejável, necessário ao planejamento os direitos sexuais e reprodutivos, quanto por ato impositivo das cortes de Justiça. Nesse sentido, o consentimento não deve ser encarado como uma concordância de ordem formal. Trata-se de um processo substancial e subjetivo, pautando-se pelo ato de escolha, e baseado em adequadas informações. Em oposição a essas premissas elementares, a partir de “pesquisas realizadas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, constatou-se que um percentual considerável de mulheres foi/é esterilizada compulsoriamente, sem ter conhecimento prévio sobre as implicações definitivas

agitar o ativismo judicial das cortes de justiça como uma *autoridade, regulatória* pendular. Destinada a acachapar as vontades individuais pela legalização/descriminalização do aborto. Para tanto, critérios *de classe e poder* são ponderados antes de conceber novos direitos. Nos casos judiciais em que há decisões de magistrados favoráveis à esterilização forçada, por exemplo, aceita-se o valor do consentimento da mulher²⁹, que deve ser observado antes da cirurgia, embora a recusa desta ao mesmo procedimento seja totalmente desconsiderada em relação a prática?³⁰

Essa instabilidade de direitos versus o reconhecimento social é algo que tenta homogeneizar a heterogeneidade das mulheres pobres como vítimas de circunstâncias *insuperáveis*, que mal conseguem sustentar a sua numerosa prole³¹. Esta solução extrema não deixa de atender aos efeitos perversos da *colonialidade do poder*³², além de servir a uma dialética econômica que se contrapõe aos interesses entre trabalho e capitais.

Mulheres pobres e pretas sempre abortaram mais e conhecem os riscos da clandestinidade e dos custos médicos envolvidos. Para muitas, a causa do aborto coincide com as alternâncias do mercado de trabalho, já restrito a elas pela informalidade de alguns vínculos (como o emprego doméstico), suplantado no eixo dos mercados capitalistas. E, por isso, muitas se prontificam a buscá-lo – fazendo uso do aborto clandestino³³. O aborto seguro nunca foi uma opção, embora o risco enfraqueça diante dos alarmes índices de desemprego. Resta, portanto, conviver diariamente com as desigualdades produzidas nos territórios da lei e dentro da ilegalidade. Uma das primeiras iniciativas na luta pelo reconhecimento de direitos é superar as relações viciadas de verticalidade construídas sobre o corpo, sobre a raça e a classe, também mantidas na argumentação jurídica dos movimentos de centro-esquerda. Procura-se, portanto, rever a horizontalidade nas relações entre mulheres através da busca pela ética do encontro, pela *alteridade* que o aborto é capaz de despertar. Para isso, é preciso enxergar a *diferença* como percurso histórico não-verticalizado, dissidentes nos seus acessos às mulheres brancas e não-brancas, no tocante ao reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais. E, também, *diferentes* em relação às autonomias, ao racismo e a discriminação de tratamentos como algo que fere, e que está dolorosamente indissociável de uma consciência de gênero e privações, exposta a partir das suas marginalidades.

desse procedimento. SCHULMAN, Gabriel. Esterilização Forçada, Incapacidade Civil e o Caso Janaina: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, v. 6, n. 2, 2018.

29 <https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/27/esterilizacao-compulsoria-de-janaina-nao-e-caso-isolado-apontamentos_a_23469280/>.

30 Ibidem, p. 120, 2018.

31 Quem decide sobre o corpo de Janaina? Um caso de esterilização forçada no Brasil. Quem decide sobre o corpo de uma mulher? Quem determina se uma mulher deve ser permanentemente esterilizada? Cabe a mulher essa decisão? Ou cabe ao judiciário decidir sobre o corpo dela? <<https://www.opendemocracy.net/pt/democraciaabierta-pt/quem-decide-sobre-o-corpo-de-janaina-um-caso-de-esteriliza/>> Acesso: 08.set.20.

32 BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Feminismos Subalternos. Estudos Feministas, Florianópolis, p. 14, 2017.

33 “Conforme estudos nacionais sobre a utilização de serviços de saúde sexual e reprodutiva evidenciam que são as negras aquelas mais expostas a barreiras individuais e institucionais de acesso aos cuidados, e têm acesso mais restrito aos métodos contraceptivos e a maior parcela delas utiliza menor amplitude do mix anticoncepcional”. Emanuelle Freitas, GOES et al. Vulnerabilidade racial e barreiras individuais de mulheres em busca do primeiro atendimento pós-aborto. Cadernos de Saúde Pública ISSN 1678-4464 36 n°. Suplemento 1. Rio de Janeiro, 2020.

Conforme o que diz a legislação vigente, o crime de aborto prevê responsabilização criminal nos artigos 124 a 128 do Código Penal, que pode chegar à detenção de um a três anos. As excludentes determinam duas alternativas: a) quando não há outro meio de salvar a vida da mãe (aborto necessário ou terapêutico); b) e quando a gravidez for resultante de crime de estupro, para proteger a saúde da mulher.

No entanto, conforme visto anteriormente, a legislação criminal que especifica tais condições para o abortamento legal da vítima nem sempre é concedida mediante solicitação judicial. Ainda que não haja dados técnicos sobre a atuação dos magistrados nesses casos, um levantamento feito pela Revista Galileu³⁴ sobre a ineficiência das redes públicas de aborto legal no Brasil, revela a presente realidade. O resultado desse estudo aponta o Estado do Acre como responsável pelo maior número de estupros no país. São 524 crimes de estupros para cada dois procedimentos de aborto legal realizados ao ano. Atualmente, o Brasil registra, em média, seis ocorrências clínicas diárias relacionadas a casos de aborto envolvendo meninas de 10 a 14 anos, após terem sido estupradas. As estatísticas adiantam que a cada hora, 04 meninas com menos de 13 anos são estupradas.

Pesquisas ainda revelam muita desinformação e pouco acolhimento às mulheres vítimas de violência sexual que buscam realizar esse procedimento no SUS. O protocolo da interrupção da gravidez não exige que a gestante registre boletim de ocorrências e nem solicite a autorização do juiz. Conforme os dados apresentados é possível verificar que os Estados que apresentam os mais altos índices de estupro são os que menos garantem direitos judiciais à interrupção segura da gravidez.

Ademais, a notória dificuldade que se tem em prosperar discussões no campo jurídico e nas suas esferas políticas só confirma a relevância de insistir no tema proposto. Na mesma medida, isso acontece porque a sociedade brasileira se recusa a revisitar privilégios e a confrontar hierarquias patriarcais, vestidas pelas suas instituições. Ademais, a reprimenda em torno do direito de escolha ao abortamento não está alheia ao recrudescimento do sistema de justiça criminal.

A criminalização do aborto aniquilaria vários direitos fundamentais como: o direito à vida, integridade física, manutenção da saúde psicológica. Além de critérios econômicos envolvidos ao tema, a criminalização está situada como um dos problemas sociais mais presentes na realidade familiar de mulheres pobres e negras. Faz-se necessário aqui considerar que a infraestrutura econômica é também uma superestrutura e, por sua vez, as condições de subordinação presentes ao debate de classes no Brasil não deixam de estar, intimamente, vinculadas ao racismo estrutural.

Na prática, a proteção incondicional que se faz ao feto se sobrepõe às garantias que tutelam a preservação da saúde, já restrita como direito às mulheres. É o que vêm sendo demonstrado através dos votos do Ministro Barroso, ao argumentar sobre a defesa ao abortamento desde a ADPF nº 442, como direito corrente ao texto constitucional. No entanto, ao defendê-lo convictamente, não estariam Barroso e os demais ministros do Supremo Tribunal Federal assumindo funções designadas, originariamente, aos membros do Legislativo? E sobre a habitualidade com que essas funções se intercalam, nas expectativas, nas vivências de muitas mulheres, cabe questionar a legitimidade democrática que sustenta essas decisões?

34 Dados extraídos da matéria "Estado Brasileiro não garante acesso ao Aborto". Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2017/12/estado-brasileiro-nao-garante-acesso-ao-aborto-para-vitimas-de-estupro.html>> último acesso em: 01.dez.18.

Num apelo populista às cortes de justiça, é recorrente que as instituições conservadoras e alguns setores da sociedade civil argumentem sobre o preço sufocante da democracia liberal. Alegam que essa é a mais pura expressão majoritária da tirania. O preço de tal ironia remete a lembrança dos propósitos liberais clássicos como Tocqueville e Stuart Mill. Desde as suas primeiras inspirações, ocorre que a gênese da democracia quase sempre foi representada por sistemas políticos-deliberativos e de voto direto, e, que por sua vez, já excluía representatividades minoritárias e censuravam opositores.

A compreensão que se extrai sobre a relação metafísica do Direito com a razão é de que o mais forte insculpe a lei, e não o justo. O Direito e a lei estão imbricados na mesma potência violenta que ora cria, e ora institui e, por isso, deve ser seguido pelo apelo à crença social. É a respeitabilidade pública do juiz, ancorado na sua legitimidade³⁵, e a força da coerção moral (legítima) que permite a regulação da política nas sociedades.

A linguagem e a autoridade, desempenham forte centralidade nas discussões jurídicas por citar divisores entre aqueles e àquelas que têm voz e lugar, e outras que passam a disciplinar uma nova identidade conservadora sobre o corpo e o cuidado na política. À exemplo das recentes substituições feitas sobre o tema pela portaria do Ministério da Saúde nº 2.282/2020³⁶, que propõe a substituição do *cuidado* pela ameaça hostil da *investigação criminal*. Assim, a dependência e a fragilidade do tema ao entorno da legalização do aborto/interrupção da gravidez só acentuam a gravidade do problema em fases de quarentena. Maternidades estão fechando seus leitos e recusando atendimento hospitalar para pacientes grávidas, dando preferência a casos crônicos de Covid-19³⁷. O problema da superlotação tem se multiplicado emergencialmente em todo o país e o fechamento das maternidades desabriga, gestantes e seus recém-nascidos, além de acompanhantes e vítimas de abortos clandestinos, à constância de contaminações pelo coronavírus.

Não é por acaso que não há dados oficiais sobre o número de casos de estupro, violência doméstica e, principalmente, atendimentos de casos ligados ao abortamento. Uma das hipóteses é de que essas informações sob domínio público iriam criar instabilidades maiores aos ministérios, já que os desacordos que contrariam o presidente e a sua família costumam ser, sumariamente, resolvidos com atos de demissões silenciosas. A outra hipótese é de que o conservadorismo na política tem afastado mulheres de procurar os seus direitos mais básicos, como tratamentos de saúde e serviços de acolhimento emergenciais que, já se encontram severamente comprometidos por causa da pandemia. Há dificuldades na importação

35 CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista. Campinas, São Paulo: Ed. Milenium, p. 151, 2006.

36 Altera o estado atual dos procedimentos nos casos de aborto, determinando que profissionais de saúde sejam obrigados a notificar à polícia, além do dever de “preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial, como fragmentos de embrião ou feto”. Prevê também que a equipe médica informe à gestante sobre a possibilidade de ver o feto por ultrassonografia, antes de aprovar a interrupção da gravidez. De acordo com especialistas, o objetivo da portaria é a de instalar confusões determinando atividades que não fazem parte da responsabilidade dos profissionais da área da saúde, desvirtuando-os para que não cumpram com o seu objetivo principal, que é a interrupção. <<https://www.cartacapital.com.br/saude/com-a-nova-portaria-aborto-legal-nao-e-mais-procedimento-de-cuidado-mas-sim-de-investigacao/>> Acesso: 31.ago.20.

37 NUDEM propõe Ação Civil Pública contra município de Curitiba por fechamento de maternidades <<http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/04/1878/NUDEM-propoe-Acao-Civil-Publica-contramunicipio-de-Curitiba-por-fechamento-de-maternidades.html>> Acesso: 18.ago.20.

do Misoprostol³⁸. Os métodos anticonceptivos³⁹ mais utilizado como o anticoncepcional e a camisinha foram afetados pela falta de abastecimento, seguido da indisponibilidade de acesso de profissionais para a colocação do DIU. Em casos mais graves, a objeção médica sobre o procedimento do aborto dá início aos primeiros percalços rumo à tortuosa *via sacra* judicial.

No entanto, nada disso impede que inúmeras mulheres continuem abortando no prejuízo dos seus lares. Isso quando pressupomos que há *lares* como referência de segurança. As necessidades de cuidado e de proteção sempre estiveram ancoradas aos papéis de gênero. E, talvez seja a demanda jurídica que mais se destaque em meio à crise política que enfrentamos, porque o *déficit* de vidas perdidas passa a ser superior a todas as questões de ordem. Quando o Estado passa a negligenciar o cuidado como direto à saúde e a proteção social, a pandemia passa a articular mais fortemente o seu caráter psicopolítico⁴⁰ sobre o corpo e as mentes. Isso ocorre porque em períodos de instabilidade econômica, política e social abrem-se flancos favoráveis ao questionamento de direitos essenciais (como o direito ao aborto), seja independentemente da idade, da quantidade de filhos e do estado vulnerável que a mulher esteja enfrentando.

Quando a vida passa a ser gerenciada pelo desequilíbrio neoliberal, o trabalho de cuidar, produzir e reproduzir passa a ser fragilizado através de relações autossacrificiais, autofágicas, que acabam rasgando impactos na economia. Diferentes formações familiares que irão movimentar diferentes economias do cuidado e proteção, a falha está em ignorar a demanda por um revigoramento econômico, centrado na capacidade de proteção social às mulheres, principalmente em relação àquelas sofrem violências (sexual, psicológica, moral, econômica). “Os recursos são finitos” – diz o governo, mas as escolhas políticas são o que tornam escassos para algumas escolhas políticas, enquanto para outras não. A escassez, nessa toada, é resultado de uma definição política sob a prioridade colocada como discurso de finitude, de cortes, de falta de recursos. Essas mesmas decisões sobre as políticas sociais adotadas, ou não, favorecem bem o efeito dessa posição consequencialista sobre direitos e gênero.

Desta maneira, o conservadorismo do atual governo, nunca visto antes com tanto ânimo reacionário, sufoca diariamente as tentativas de revisar o que a lei diz sobre a maternidade, sobre o direito de escolha de um planejamento reprodutivo, acesso à educação em saúde e a assistência técnica à interrupção da gravidez indesejada. A linguagem, nesse sentido, é um modo de ser que aprisiona, embora também ofereça libertar. A gravidez, o aborto e as pronúncias derivadas deste viver são o que criam as existências de precariedade compartilhadas. Isto é, as palavras nos dão acesso ao ser e a ressignificação. Cabe ao ser-mulher, esse corpo indivisível, criar um ritual semântico de repetição performativa para mudar e defender aquilo que é dito sobre (em nome de) seus corpos. Elas seguem movimentando disputas, desafiando soberanias tanto para desmentir, quanto para recuperar a última palavra que passou a ser dada sobre os seus corpos, como desígnios da clandestinidade. E, também para preservar o percurso de lutas determinantes, para forjar o reconhecimento mútuo dos direitos reprodutivos como essenciais a muitas comunidades de mulheres. A *vida* indica que as diversas vias de reconhecimento de direitos não são permanentes. E a angústia nasce

38 Medicamento mais utilizado no mundo para realizar a prática do aborto de forma segura. <<https://anistia.org.br/noticias/por-que-aborto-e-contracao-devem-continuar-sendo-cuidados-de-saude-essenciais-durante-pandemia-da-covid-19/>>. Acesso: 18. ago. 20.

39 <<https://theintercept.com/2020/04/20/coronavirus-evitar-gravidez-mas-cortam-contraceptivos/>>.

40 HAN, Byung Chul. Psicopolítica. – O neoliberalismo e as novas tecnopolíticas de poder. 1ª ed. Belo Horizonte: Âyné, 2018.

da necessidade de subverter a posição do *ser-mulher* como agente que precisa cuidar de si mesma antes de assumir o cuidado com a vida social.

No entanto, é importante destacar o problema da legitimidade como qualidade que antecede condições para a legitimação. Ou seja, a legitimidade não se adéqua ao “ser quem é”, mas pelo que “fez ou se faz alguma coisa”⁴¹. O diálogo construído em torno da legitimidade do juiz, e da sua aptidão em identificar (potencialmente), valores éticos, conscientes da verdade e do justo, envolve a participação de novos sujeitos implicados nos seus processos decisórios. Envolve o próprio caráter de autolegitimação.

Não há justiça sem que haja uma força de lei⁴² para garantir a sua aplicação, porém, pode haver força sem que haja a presença da lei: é o caso da tirania. Aqui, a justiça e o justo sem a presença da força não produzem efeitos. No entanto, é possível questionar a vontade das massas, dentro do seu pressuposto compartilhado de legitimidade⁴³, nos casos em que envolvem os direitos das mulheres nos casos de aborto? De que maneira há de se disciplinar, democraticamente, sobre esse direito que, para existir, deve vencer a sombra do poder sobre o justo, do masculino e do mais forte?

Conforme se foi convencionando, na prática, o ritualismo democrático das cortes e das Constituições Federais assumiu a prioridade de manter a segurança dos modelos jurídicos, e conter abusos sob o controle designado de constitucionalidade. Com a primazia da autoridade vieram funções que se caracterizam, às vezes, por adotar interpretações contra majoritárias, ou até omissivas, atuando nas lacunas deixadas pelo Poder Legislativo. Posicionamento que, irrefletidamente, comprometem o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, pensado a partir de Montesquieu, na obra “O espírito das leis” (1993)⁴⁴. Nesse sentido, o STF teria legalidade para alterar ou anular regras constitucionais, aprovadas democraticamente pelos representantes do povo? Neste cenário controverso, pretende-se tomar o papel do neoconstitucionalismo como ponto de partida, para decifrar efeitos residuais que essas decisões operam. Ainda que fora da técnica e da forma da lei, encontram-se amparadas pelos preceitos da Constituição.

A partir do famoso julgado norte americano *Roe x Wade* em 1973, que ainda desperta grande relevância jurídica para as cortes brasileiras, foi mencionado no julgamento da ADPF 54 como um marco legal sobre o tema do aborto. Trata-se de um caso trazido à Suprema Corte dos Estados Unidos que reconheceu o direito ao aborto e que mais tarde, consagrou-se de forma pioneira como um dos maiores casos de ativismo judicial. Por meio dessa decisão, passou-se a realizar procedimentos em clínicas especializadas e de forma segura para mulheres norte-americanas, ou a todas aquelas que podiam custear o acesso aos serviços oferecidos. Naturalmente, o debate público nos EUA sobre o exercício da interrupção legal da gravidez, enquanto direito constitucional à liberdade, à individualidade e contra a invasão institucional do Estado – na vida privada das mulheres – aconteceu sob a defesa de expectativas liberais clássicas. Questões econômicas justapostas ao debate garantista dos direitos reprodutivos e das mulheres, e que, naturalmente, se distanciam da formação política e cultural das diferentes Américas.

41 Ibidem, 2006.

42 DERRIDA, Jacques. Força de lei. O fundamento místico da autoridade. São Paulo Martins Fontes, 2007.

43 Ibidem, 2007.

44 MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, Livro XI, cap.6. Martins Fontes, 1993. p. 171.

Desde 1970, no Chile, o projeto neoliberal veio a ser lançado como uma nova proposta de ruptura com o modelo judicial do *Welfare State*⁴⁵, passando a assumir novas estratégias de demarcações globais. Em 1980 a pauta do aborto revelou-se como forte questão política (aproveitável) ao partido republicano. Desde então, a mobilização religiosa dos movimentos *‘pró-vida*⁴⁶ vem influenciando muito no contexto eleitoral norte americano, ponto de nomear de Ronald Reagan a Donald Trump⁴⁷ como presidentes. No Brasil, o tema é conduzido com abstenções dos partidos de centro-esquerda (Luiz Inácio da Silva e Dilma Rousseff), evitando rupturas eleitorais. E, mais recentemente, com o governo de extrema-direita de Jair Messias Bolsonaro ligado a fundamentalismos distintos, como mobilizações religiosas e defensivas heteropatriarcais.

É nesse sentido que o projeto neoliberal⁴⁸ será pensado para refletir nos corpos femininos, a autonomia e o desempenho como política de resultados que supera o mundo da *vida familiar heterossexual* e a *ética da divisão sexual do trabalho*. Esse funcionamento se mostra efetivo até os dias de hoje, reverberando tensões globais no centro da economia mundial. Além disso, serve como aparato de colonização discursiva ao afirmar heterogeneidades materiais e históricas, que representem vidas latinas ou não eurocêtricas, ao esculpir assim o retrato da *“mulher do terceiro mundo”*⁴⁹. A sistematização de uma nova racionalidade “universalista” sobre os corpos femininos concebeu também as mesmas plataformas de autoajuste eleitoral que adaptaram plataformas neoliberais para às diferentes sociedades americanas. A moralidade patriarcal é parte do neoliberalismo, e por isso, tem erigido um lucrativo modelo familiar de exportação, que é útil para acelerar as relações sexuais e produtivas, reforçando políticas de desempenho.

Para Verónica Gago⁵⁰, diante das privações econômicas, o papel das mulheres na *família heterossexual* é reforçado à medida que mais tarefas reprodutivas surgem como vantagens de acumulação primordial “em face das *privatizações dos serviços públicos* serem essenciais a diversas formas de produção de cuidado e assistência à saúde reprodutiva”. Para além disso, a crise acaba por reforçar uma hierarquia de desejos, merecimentos, competições e expectativas com relação às mulheres e as suas obrigações mais tradicionais: “ter filhos, cuidar deles, escolarizá-los e vaciná-los”⁵¹, sem romper com o fulcro na carreira profissional.

Assim, a escolha pelo abortamento desonera a cifra entre o tempo de trabalho não remunerado,

45 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional. São Paulo Saraiva, 21ª edição, 1994.

46 Ocorre que, frequentemente, a decisão da Suprema Corte dos EUA, no que diz respeito ao aborto, tem sido exposta ao flanco partidário e profundamente político do movimento “pró-vida” em níveis estaduais. Nessas articulações entre republicanos e movimentos ativistas religiosos, aprovam-se muitas leis estaduais para se dificultar ou tornar o exercício desse direito cada vez mais impraticável às mulheres e suas famílias.

47 Referências <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/direito-ao-aborto-nos-eua-e-constitucional-mas-esbarra-em-vetos-locais.shtml>>

48 Nas palavras de Dardot e Laval, “o neoliberalismo, antes de ser uma ideologia ou uma política econômica é, em primeiro lugar e fundamentalmente uma nova *racionalidade* e, como tal, tende a estruturar e organizar não só a relação dos governantes, mas até a nova conduta dos governados (grifo no original)”. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 15).

49 MOHANTY, Chandra. Bajo los ojos de occidente. Academia Feminista y discurso colonial. Artículo publicado en: Liliana Suárez Navaz y Aída Hernández (editoras): Descolonizando el Feminismo: Teorías y Prácticas desde los Márgenes, ed. Cátedra, Madrid, p. 2-3, 2008.

50 GAGO, Verónica. A potência, ou o desejo de transformar tudo. Tradução de Igor Perez. São Paulo elefante, 2020.

51 Ibidem, p. 169, 2020.

mal recompensado e os custos elevados com procedimentos caros e altamente inseguros. Este diferencial sobre os corpos e suas narrativas incide sobre as mulheres, e intercalam formas de suplício e de privação, transversalmente, ligadas as políticas de *extrativismo econômico de gênero*. Deste modo, “as formas de precarização das nossas vidas, os modos de controle em nome da democracia do mercado de trabalho e da tutela eclesiástica sobre o desejo e a decisão de autonomia”, passam a controlar o corpo e as escolhas de uma mulher. E, por sequência, também acabam controlando a forma como a sua vida passará a se reproduzir⁵².

Destá maneira, nos lembra Paul Preciado⁵³ que o avanço de métodos científicos sobre o controle reprodutivo dos corpos fez parte de um poderoso pacto tecno político financiado pelos governos do sul global. Essas novas engenharias do uso do poder sobre a gestão da vida, da sexualidade e da reprodução passam a aperfeiçoar técnicas de produção científica em nível biomolecular, voltadas a satisfazer aparatos de controle. A invenção da pílula, por exemplo, destaca-se no início dos anos 70 com uma profunda intencionalidade eugenista ao desenvolver e testar o seu uso anticoncepcional para reduzir a reprodução das populações racializadas e miseráveis de Porto Rico, Haiti. O intuito desse projeto tecno político comprometido com a transfiguração da morte, nasce na modernidade e desejava extirpar a multiplicação de raças consideradas primitivas, bárbaras e atrasadas para o projeto liberal.

Contudo, não haveria como prever que essas mesmas tecnologias seriam reapropriadas por outros fins de radicalização performativa, à medida que o seu consumo e o seu conjunto de postulados éticos serviram para reivindicar espaços de liberdade sexuais nunca arriscados antes por mulheres brancas de classe. E, mais recentemente, por mulheres trans fazendo uso da pílula para tratamento hormonal. Com isso, dilaceraram-se as fronteiras entre a heterossexualidade e a reprodução.

Enquanto muitos movimentos feministas celebram uma conquista sobre a emancipação da sexualidade feminina, outras rediscutem paradigmas contemporâneos sobre o uso da pílula e a desoneração dos homens em assumirem as suas responsabilidades parentais. Considera-se também o fato de que os cuidados anticonceptivos e o risco eventual de contrair uma gravidez não desejável se acentuam entre as mulheres, à medida que reforçaria naturalmente o papel da maternidade, das instituições familiares e de uniões heterossexuais precárias e machistas.

No entanto, a cultura jurídica moderna que se espelhava no Poder Judiciário como fonte de defesa dos interesses sociais entre o Estado e o cidadão permaneceu ativa. O alcance e o papel político dos Estados, enquanto provedores de bem-estar social, têm diminuído consideravelmente. O papel garantista no legislativo se manteve cada vez mais protagonista na defesa dos direitos individuais⁵⁴, e mais atento em coibir os atos de arbitrariedade/discricionários cometidos pelos excessos do poder Executivo.

É dessa relação refratária entre os poderes que nasce a necessidade de se instituir o controle de constitucionalidade, como no caso célebre caso *Marbury vs Madison*,⁵⁵ até chegarmos à decisão do caso *Roe vs Wade*. Nesses casos, conclui-se que o aumento da posição político-institucional dos juizes e das

52 GAGO, Verónica. A potência, ou o desejo de transformar tudo. Tradução de Igor Perez. São Paulo elefante, p. 127, 2020.

53 PRECIADO, Paul. *Testo Junkie: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica*. N-1 Edições; 1ªEd: p.30, 2018.

54 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.178.

55 O Caso “*Marbury contra Madison*”, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é considerado o marco inicial do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

cortes, indica maiores chances de comprometer ou fragilizar os sistemas de justiça estatais.

A peculiaridade que talvez possa vincular o Brasil, ao horror da experiência norneamericana na luta pela legalização, remete à forma desumana como as mulheres eram tratadas pelo conselho médico (composto majoritariamente por homens)⁵⁶, que autorizavam os procedimentos nos hospitais, em 1950-1960⁵⁷. Seguindo esse entendimento do ministro Barroso, o juiz brasileiro ativista, não estaria assumindo o mesmo papel de jusnaturalista débil ao negar que tal procedimento seja autorizado em benefício da gestante – que não o deseja ser – nesse, ou naquele momento da sua vida?

Evidentemente que a interrupção da gravidez não se trata (ou não deveria tratar) de uma questão ideológica ou moral, uma vez que os efeitos associados tanto ao fundamentalismo quanto ao ativismo judicial, enquanto bandeiras partidárias das cortes costumam ser profundamente negativas. Essa situação tem produzido um intenso sentimento de ruptura na segurança jurídica, um desgaste nas garantias constitucionais e no devido posicionamento dos poderes.

Por fim, diferentemente dos parâmetros constitucionais atuais, verificou-se uma forte tendência política nos Estados Unidos à proibição do aborto legal, ainda que de forma indireta. No debate garantista entre constitucionalização e efetividade, em muitos episódios, o direito à livre interrupção da gestação parece caminhar à direita dos avanços éticos e científicos no mundo.

Na prática, buscou-se demonstrar a partir deste estudo que ter o direito assegurado, mas não ter a efetividade do serviço, enquanto garantia aplicada às mulheres, implica em dois fenômenos políticos diferentes: a confusão entre os papéis do Legislativo e do Judiciário e a politização dessas estruturas que organizam os conflitos na sociedade. Destes efeitos, o que mais nos interessa contradizer é que essas decisões proferidas, em sede jurisdicional, já nascem motivadas por finalidades e consequências práticas já viciadas. Ocorrência esta que já denuncia o seu altíssimo grau de politização. Ainda que o ativismo judicial quando declarado seja, aparentemente, mais favorável à descriminalização do aborto,⁵⁸ e que mire com bons olhos a regularização desse procedimento pelo SUS, esse movimento não terá forças suficientes para abalar as barreiras políticas, no campo das performances de gênero.

Conclusão

O papel que concerne à constitucionalização do direito ao aborto e as definições estratégicas, oferecidas a partir desse serviço, cabe expressamente ao Legislativo. É notório que existam problemas muito mais graves a serem apontados, a tratar em outra ocasião, que indiquem grande descompromisso

56 Uma das obrigatoriedades impostas às mulheres, que à época optavam pelo aborto, era de que aceitassem a esterilização forçada como “política de planejamento familiar”. Noutros termos, o aceite pode ser entendido com uma forma atroz de castigo institucional, (quase neoinquisitório) sobre os corpos femininos

57 Neste período um composto presente na fórmula do medicamento Talidomida, também comercializado no Brasil, produziu inúmeros casos de anencefalias fetais. Nestes casos específicos, o aborto já era o procedimento terapêutico mais recomendado nessa ocasião, para preservar a saúde da mulher. “Referências ao Documentário Roe x Wade: Direito das mulheres”.<<https://www.filmmelier.com/pt/br/film/4131/roe-x-wade-direitos-das-mulheres-nos-eua>>.

58 <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/110322/juizes-e-promotores-defendem-ampliacao-do-aborto-legal-dizem-pesquisas>>.

social com os valores da democracia. Evidentemente, os abusos das intenções partidárias e do caráter ideológico comprometem, significativamente, o funcionamento dessas estruturas sociais. Em especial, o Legislativo talvez seja o mais alarmante deles. Ou seja, mais inquietante do que as iniciativas do próprio Poder Judiciário. À considerar os projetos que vêm se destacando publicamente, tais como: o nº 478/2007, mais conhecido como “bolsa Estupro”, e o de nº 6055/2013, defendido pela Ministra de Direitos Humanos Damaris, que tem por finalidade a retirar o atendimento obrigatório e integral às mulheres as vítimas de violência sexual. Em março de 2020, na assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte⁵⁹, um projeto de lei ingressou em tramitação com o objetivo de forçar mulheres que desejam interromper a gravidez a passem por tratamentos psicológicos com acompanhamento social para que desistam de abortar. Prevê também dinâmicas exaustivas de judicialização, obrigar a gestante a ver e ouvir os sinais vitais do feto, e a assistir a outros procedimentos de aborto.

No entanto, pretendeu-se neste artigo demonstrar a propositura de novos mecanismos que têm por intuito de aparelhar o processo decisório dos órgãos jurisdicionais a partir de interesses político-ideológicos. E, para tanto, o poder sobre a vida, a dignidade sexual e a dignidade reprodutiva não podem ser facultadas ao Judiciário. Independente do benefício que, supostamente, o conduza a tomar boas iniciativas, deve prevalecer o cálculo do risco. Há dano de sacrificar a sua própria existência principiológica, enquanto poder institucional, conforme designou Montesquieu. No Entanto, afirma-se que não compete ao Poder Judiciário interferir nos rumos políticos traçados pelos outros poderes sem possuir, na maioria dos casos, legitimidade democrática para tanto.

Observando esse episódio, percebe-se a força de uma decisão quando influenciada pela postura ativista das cortes de justiça. Situação, esta, que a cada passo contribui para a substituição [articulista] do jurídico pela política. De outro lado, está a luta civil das mulheres, em prol da dignidade e da liberdade reprodutiva, algo que, invariavelmente, encontra-se sobre constante ameaça pelo cenário político-conservador que se fortalece novamente no mundo atual. Isso ocorre principalmente quando a somatória de posições ideológicas adiciona comoções ao tema, e, dessa forma, ajudam a reorientar novas percepções de direitos entre os membros das cortes que irão julgá-la.

No Brasil, a presença do Ministro Barroso do STF em rede nacional comunica grande avanço, ao publicizar a necessidade de se reconhecer a demanda social de um direito que está amparado nas estatísticas. No entanto, não se pode pecar ao resgatar a utilidade do ativismo sempre quando nos for conveniente. Portanto, conclui-se que o protagonismo nunca deve ser das cortes, e sim sobre o tema do direito positivo à legalização do aborto em questão. Caso contrário, fragiliza-se a imparcialidade e a função do Legislativo, fato que acaba conduzindo a um maior prejuízo no papel desempenhado pelas cortes na garantia do justo.

O direito não deve ser compreendido a serviço da força ou da política, para instrumentalizar a servidão, para atender à função de docilizar a cidadania, e, por que não dizer, para acalmar a opinião pública que apoia presidentes déspotas, movimentos religiosos e ultraconservadores. Ainda que se pareça

59 O projeto foi retirado antes de tramitar nas Comissões internas da Casa, porém, tornou a despertar repúdio e disputas ideológicas entre os apoiadores versus opositores do governo em torno do direito ao abortamento legal após o caso da menina de seis anos que foi estuprada por familiares no estado do ES. <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/08/19/projeto-de-lei-preve-que-vitimas-de-estupro-assistam-imagens-de-aborto-para-desistir-de-interromper-gravidez-no-rn.ghtml>> Acesso: 27.ago.20.

libertária em suas intenções, a relação íntima entre o poder, a violência e a força se complexifica na medida em que a justiça do Direito, da lei, não possa ser interpretada como algo à parte, fora do círculo do poder dominante. A justiça fabricada pelas nossas cortes brasileiras não está fora ou vêm antes desses interesses. A consciência sobre esse momento-histórico na pandemia remete a necessidade de ampliar o reconhecimento de que aos prejuízos mentais e a saúde física sofridos não se aplicam de igual forma para todos os brasileiros.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.
- BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. **Feminismos Subalternos**. Estudos Feministas, Florianópolis, 2017.
- BORGES; Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia. FILOSOFIA: machismos e feminismos. In: **Aborto como metáfora**. TIBURI, Márcia. Florianópolis: Ed. UFSC, 2016.
- CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista. Campinas, São Paulo: Ed. Milenium, 2006.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. O fundamento místico da autoridade. São Paulo Martins Fontes, 2007.
- DINIZ D, MEDEIROS M. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Cien Saude Colet*, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, Madri: Trotta, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. 1994. São Paulo: Saraiva.
- GAGO, Verónica. **A potência, ou o desejo de transformar tudo**. Tradução de Igor Perez. São Paulo elefante, 2020.
- GOES Emanuelle Freitas.; et al. Vulnerabilidade racial e barreiras individuais de mulheres em busca do primeiro atendimento pós-aborto. **Cadernos de Saúde Pública** ISSN 1678-4464 36 n°. Suplemento 1. Rio de Janeiro, 2020.
- KARNAL, Leandro. **Pecar e perdoar**: Deus e o homem na história/Leandro Karnal. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.
- KUHN, Lucas Bortolini. Da separação à autonomia recíproca entre Direito e Moral: o constitucionalismo garantista e a jurisdição constitucional democrática. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade La Salle, Canoas, 2019.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. O vírus neoliberal no Brasil e a polêmica com Giorgio Agamben. *Volutas: Revista Internacional de Filosofia* DOI: 10.5902/2179378644019 Santa Maria, v.11, ISSN 2179-3786.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993
- MOHANTY, Chandra. Bajo los ojos de occidente. Academia Feminista y discurso colonial. Artículo publicado en: Liliana Suárez Navaz y Aída Hernández (editoras): **Descolonizando el Feminismo**: Teorías y Prácticas desde los Márgenes, ed. Cátedra, Madrid, 2008.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, Livro XI, cap.6. Martins Fontes, 1993.
- NOTA TÉCNICA n° 11: Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). CERQUEIRA, Daniel; SANTA CRUZ, Coelho Danilo de. Brasília, 2014.

NOTA TÉCNICA Nº 16/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS. ACESSO À SAÚDE SEXUAL E SAÚDE REPRODUTIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19. Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/images/stories/NT-MS-_ministerioaborto_jun20.pdf> Consultado em: 15.ago.2020.

Estadão. O aborto chega ao STF: ativismo judicial e legitimidade democrática. <<https://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/o-aborto-chega-ao-stf-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica/>>. Consultado em: 25.out.2018.

PORTARIA Nº 2.282, DE 27 DE AGOSTO DE 2020. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. 28/08/2020. Edição: 166, Seção: 1, página: 359. Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>> 31.ago.20

PRECIADO, Paul. **Testo Junkie**: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. N-1 Edições; 1ªEd: 2018.

ROE X WADE: o direito das mulheres nos EUA. Documentário. Direção: Ricki Stern & Anne Sundberg. Produção: Anne Sundberg. Origem: Norte-americano (EUA), 2018. Disponível em: <<https://www.filmmelior.com/pt/br/film/4131/roe-x-wade-direitos-das-mulheres-nos-eua>>

SCHULMAN, Gabriel. Esterilização Forçada, Incapacidade Civil e o Caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade** – REDES. Canoas, v.6, nº. 2, 2018.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Totalidade e desagregação**. Sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

TIBURI, Márcia. **Crítica da razão e mimesis no pensamento de Theodor Adorno**. Porto Alegre: Edipurs, 1995.