



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
EMMANUELLA MAGRO DENORA

(RE)APROPRIANDO-SE DE SEUS CORPOS:
DIREITO DAS MULHERES AO ABORTO SEGURO E À DIGNIDADE
REPRODUTIVA

JACAREZINHO - PR

2018

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
EMMANUELLA MAGRO DENORA

(RE)APROPRIANDO-SE DE SEUS CORPOS:
DIREITO DAS MULHERES AO ABORTO SEGURO E À DIGNIDADE
REPRODUTIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, na modalidade de Mestrado, em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.
Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

JACAREZINHO - PR

2018

Ficha catalográfica elaborada pela autora, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

D391(Denora, Emmanuella Magro
(Re)Apropriando-se de seus corpos: Direito das
Mulheres ao Aborto e à Dignidade Reprodutiva /
Emmanuella Magro Denora; orientador Fernando de
Brito Alves - Jacarezinho, 2018.
146 p.

Direito) - Universidade Estadual do Norte do
Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Legalização do Aborto. 2. Direito das Mulheres.
3. Dignidade Reprodutiva. 4. Liberdade Gestacional .
5. Feminismo e Direito. I. de Brito Alves, Fernando,
orient. II. Título. |

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

(RE)APROPRIANDO-SE DE SEUS CORPOS:
DIREITO DAS MULHERES AO ABORTO SEGURO E À DIGNIDADE
REPRODUTIVA

Emmanuella Magro Denora

Orientador Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Prof.^a Dr.^a Cláudia Mansani Queda de Toledo

Ao Gatão (*in memorian*), que enquanto felino me
ressignificou como humana.
(E ao meu marido, subsidiariamente, que reclamou só
um pouco pela dedicatória ser ao Gatão.)

AGRADECIMENTOS

Há uns meses uma aluna, após estudar um artigo de nossa lavra sobre o tema desta dissertação, reportou que de todos os textos utilizados em sua pesquisa, aquele teria sido o mais agradável e acessível em leitura, ainda que tenha abordado assunto tão denso e delicado. Esse naco de biografia tem uma razão de ser – para além da vaidade – justificado com outro trecho biográfico: sou egressa do sistema público de ensino em toda minha trajetória acadêmica (desde o fundamental até agora), e estou ciente que esta Universidade – e este Mestrado de excelência – são públicos, entretanto não são gratuitos. Portanto, minha mais sincera gratidão à população paranaense contribuinte que financiou meus estudos até aqui. Espero que a linguagem deste texto possa ser compreensível a vários estratos sociais, para que a pesquisa encontre eco na sociedade que a fomenta.

Nessa toada, agradeço a meus outros dois financiadores, mais diretos, que a mim sempre priorizaram os estudos e me privilegiaram com tantas possibilidades quanto lhes couberam em recursos. Obrigada, pai e mãe, por tudo (incluindo aqui minha festa de casamento e meu apartamento).

Li certa feita uma entrevista do Luis Fernando Verissimo ao citar que, como Zuenir Ventura, não gosta de escrever, gosta de ter escrito; um drama de escritores de primeira grandeza, por óbvio, mas daqui de baixo como acadêmica, pela pesquisa (que demanda ser escrita), de fato, escrever foi um ato solitário e variavelmente prazeroso. Me acompanhou na solidão e [nem sempre] fazendo silêncio, de modo que compreendeu a dedicação dada neste [texto e no mestrado] e todas as noites em claro (foram muitas), a ausência emocional por tanto tempo [o exercício de empatia ao estudar as dores das mulheres afeta minha percepção de vida, e passei a dividir com elas em sororidade uma condição que me coloca em constantes questionamentos sobre as formas de violências – incluindo-se a louça], meu esposo, Fernando Henrique, que apesar do nome, preza pela discrição política (o que é um alívio: de neoliberais já nos bastou o mais famoso). Por tanto amor e paciência, obrigada.

À minha irmã, que fez os mapas que ilustram este trabalho e que é tão crítica e feminista – o que é motivo de tanto orgulho - que só podia mesmo ser minha irmã.

À Cassandra, nossa bebê felina que efetivamente esteve ao meu lado em toda linha escrita aqui, texto fichado (tenho as marcas de dentes e patas para provar) e cafés, dando posteridade à companhia que o Gatão me fizera no decorrer dos estudos para a prova de admissão (foram três tentativas, logo, bastante companhia...) e durante o primeiro ano dos

créditos. Mais gatinhos aconteceram no caminho, sinal de que os felinos têm contribuído com a pesquisa no Brasil e com a sanidade ao menos desta pesquisadora.

À Laerte, a cartunista mais fantástica do mundo, que autorizou o uso de sua tira em epígrafe para publicação e me deixou em êxtase um domingo inteiro porque, gente, é a Laerte e foi tão atenciosa!

À Debora Diniz, que não me conhece, mas de quem eu li quase tudo que encontrei, e que é precursora de toda a pesquisa sobre aborto no Brasil, possibilitando que eu engatinhasse nesta dissertação.

Digo sempre que meu caso com Jacarezinho e sua acolhedora Faculdade de Direito foi um amor mal resolvido do passado: em 2003 iniciei minha graduação nesta casa (por 4 dias...), ainda batizada de FUNDINOPI e ainda com seus azulejos tão charmosos; mas aos 17 anos o cordão umbilical não está bem cicatrizado, e estar geograficamente mais próximo dos pais fez-me optar por cursar Direito na UEL (entre outros apelos londrinenses). Os azulejos se foram, mas eu voltei. Agora para o mestrado, que me mostrou como é bom estar aqui e que me faz tão realizada. Treze para mim é um número de sorte: nesta turma encontrei um nível de debate sofisticado, produtivo, e que só me enriqueceu. Na – agora - UENP pude me sentir em casa como não o fazia desde os tempos da graduação, oportunidade libertária que só se encontra num ambiente de ensino que preza pela democracia como um bem maior e que dedica sua estrutura para a crítica e para o debate.

Aqui também fiz amigos que sei que levarei para vida (não só da turma XIII, mas sobretudo).

Além de meus comparsas de classe (que sabem quem são) e meus comparsas extracurriculares, não há como deixar de agradecer por tudo que representa para o Programa (e para quem está nele), a tão amada Natalina. Ela é mesmo a alma e espinha dorsal desse Mestrado, a quem cabe muitos adjetivos e a que cujo nome adjetiva este espaço, além de uma mulher forte e batalhadora que admiro profundamente e a quem só me remeto elogiosamente.

Do corpo docente do Programa que ministra nossos créditos, meu mais sincero obrigada, é uma honra poder fazer parte disso. Graças à dedicação de vocês Jacarezinho se tornou o polo intelectual que é, referência ímpar em pesquisa no Direito, e levo comigo muito de seus ensinamentos. Em especial, na condição de professora universitária (em meus primeiros passos ainda) que sou, tenho como exemplos de excelência na docência, pesquisa e humanidade (que afinal, estar receptivo a compreender o outro em seu universo é o maior mérito nosso) a Prof.^a Dr.^a Carla Bertoncini, Prof. Dr. Maurício Saliba e o Prof. Dr. Eduardo

Cambi; os dois primeiros pela metodologia e conteúdo compartilhado, e este último pelo incentivo à pesquisa e publicações que generosamente oportunizou, confiando a fé de seu nome a dividir comigo algumas ideias. Se eu alcançar a sombra destes, sem dúvidas estarei num ótimo lugar.

Aos docentes que compuseram minhas bancas, em especial o Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczac, na qualificação, cujos apontamentos foram certos e precisos, e que elevou em qualidade o resultado final; e à Prof.^a Dr.^a Cláudia Mansani Queda de Toledo, em banca conclusiva, que foi maravilhosa e tão gentil em suas colocações, que soube fazer com que o tema espinhoso desta pesquisa florescesse e gerasse frutos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, com quem certamente tenho uma dívida acadêmica eterna. Graças a ele e seu empenho, sua percepção humana e cuidado, esse trabalho saiu da forma de mero projeto: encampar a orientação de um tema como a legalização do aborto no Brasil de 2016-8 é um ato de coragem, que na Academia cabe a poucos. E mesmo ciente do peso dessa decisão, me emprestou de todo seu prestígio (que é tão grande quanto sua generosidade acadêmica) e incentivou a permanecer firme. Além: com muito esmero cuidou de oportunas sugestões que certamente elevaram o nível dessa pesquisa, bem como compartilhou algumas ideias comigo que se tornaram artigos festivamente recebidos no percurso do mestrado. Registre-se minha gratidão inenarrável e meu comprometimento de que estarei sempre aqui pela UENP e por ele.

Por fim, àquelas inominadas mulheres que espero representar pela coragem e compromisso numa efetivação de realidade igualitária e ideal de justiça utópico. Ser feminista é um comprometimento político e um caminho sem volta de realização de que somos parte de uma roda verticalizada, mas que podemos girá-la de modo horizontal. Obrigada por me abrirem os olhos.



Tirinha da Laerte, publicada originalmente na Folha de S. Paulo

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

DENORA, Emmanuella Magro. *(RE)APROPRIANDO-SE DE SEUS CORPOS: Direito das Mulheres ao Aborto Seguro e à Dignidade Reprodutiva*. p. 146. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): Jacarezinho, 2018.

RESUMO

Considerando-se que o aborto no Brasil é tratado criminalmente, e que o assunto tem se tornado pauta política para expansão da tutela criminal, e pauta jurídica com tendências descriminalizantes, objetiva-se analisar as argumentações utilizadas para a justificação da tutela criminal e respaldo constitucional descriminalizante do tema, através de uma análise sociocultural dos efeitos legislativos. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, construído a partir do questionamento de quando se deve tutelar juridicamente a vida, selecionando os fatores centrais e periféricos da argumentação, através de dados empíricos, sequencialmente analisando o mérito legal. O marco teórico encontra-se a partir da literatura feminista, em que se situa o conflito de dominação dos corpos femininos a partir da legislação como fator preponderante do machismo estrutural manifesto pelas estruturas de poder patriarcais, sendo o conflito aparente de direitos fundamentais um reflexo social desta estrutura. Desse modo observa-se que leis criminalizadoras do aborto voluntário prestam-se para gerar a clandestinidade do ato, realizado em condições de insegurança jurídica e sanitária, implicando numa questão de saúde pública cujos danos restam acentuados a mulheres num recorte segregatório de raça e classe, concluindo-se que num Estado democrático de Direito a liberdade gestacional da mulher sobre seu próprio corpo e suas escolhas em dignidade reprodutiva é manifestação de cidadania, de modo a haver marcos regulatórios menos restritivos sob a tutela jurídica intrauterina.

PALAVRAS-CHAVE: Legalização do Aborto; Direito das Mulheres; Dignidade Reprodutiva; Liberdade Gestacional; Feminismo e Direito.

DENORA, Emmanuella Magro. *(RE)APPROPRIATING THEIR BODIES: Women's Right to Safe Abortion and Reproductive Dignity*. 146 p. Dissertation (Master's Degree in Juridical Science). State University of Northern Paraná (UENP): Jacarezinho, 2018.

ABSTRACT

Considering that abortion in Brazil is criminalized by law, and also the subject has become a political agenda for the expansion of criminal protection, and, in the other hand, the Supreme Court agenda with decriminalizing tendencies, it aims to analyze the arguments used for both powers to the justification of criminal tutelage and constitutional support decriminalizing the subject, through a social and cultural analysis of the legislative effects. For this, the hypothetical-deductive method is used, based on the question of when to legally protect the life, selecting the central and peripheral factors of the argumentation, through empirical data, sequentially analyzing the legal merit. The theoretical framework is based on the feminist literature, in which the conflict of domination of the female bodies from the legislation is placed as a preponderant factor of the structural misogyny emerged by the structures of patriarchal power, being the apparent conflict of fundamental rights a social reflection of this structure. Thus it is observed that criminalizing abortion laws serves to generate underground act, held in conditions of legal and health insecurity, resulting in a public health issue whose injuries left accented women in a exclusion cut of race and class, concluding that in a democratic state of law, gestational freedom of women over their own bodies and their reproductive choices in dignity is an expression of citizenship, in order to have less restrictive regulatory frameworks under intrauterine legal protection.

KEY WORDS: Legal abortion; Women's Rights; Reproductive Dignity; Gestational Freedom; Feminism and Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 PRECISAMOS FALAR SOBRE ABORTO	18
1.1 MAS O QUE É, AFINAL, ABORTO?	26
1.1.1 Aborto na Legislação Brasileira	28
1.1.2 Aborto na Legislação Estrangeira	48
1.2 FÉ E MORAL: ABORTO E ESTADO LAICO	54
2 QUESTÕES DE GÊNERO E SEXO: CONSTRUÇÃO DA MULHER COMO SUJEITO SECUNDÁRIO	64
2.1 A HISTÓRIA DA MULHER COMO HISTÓRIA DO ESQUECIMENTO	65
2.1.1 Expectativas Sociais da Mulher: Uma Construção Cultural	66
2.1.2 Propriedade Sexual e Autoderminação do Próprio Corpo: Poder e Maternidade Compulsória	73
2.2 DIREITO COMO EXPRESSÃO DO PATRIARCADO	86
2.2.1 O Direito das Mulheres Como Expressão Valorativa de Posicionamento Jurídico e Político da Mulher	97
3 ABORTO SEGURO: DIGNIDADE REPRODUTIVA E LIBERDADE GESTACIONAL	101
3.1 O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO	107
3.1.1 Conflito Aparente Entre Direitos Fundamentais	111
3.1.2 O que significa o HC 124.306/RJ	117
3.2 ABORTO COMO EXERCÍCIO DE AUTODETERMINAÇÃO E DIGNIDADE REPRODUTIVA	125

CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS	137
FONTES JORNALÍSTICAS	144

INTRODUÇÃO

*“o corpo das outras mulheres
não é nosso campo de batalha”*

(Rupi Kaur)

Tratar de aborto envolve a complexidade da própria noção de humanidade em sua amplitude, uma vez que envolve falar de marcos temporais da vida e sua condição de significados plurais, o que não torna a abordagem menos difícil, porque envolve um (re)dimensionamento profundo de nossa condição humana como indivíduos e enquanto espécie, e de nosso controle sobre a existência.

Ainda é tema considerado tabu por muitas comunidades, inclusive a política. Apto a definir eleições e campanhas presidenciais, usado como moeda de troca política em interesses de apoio e cargos governamentais, e sempre que trazido à tona tendente a provocar reações de grupos específicos já conhecidos, permanece sem um debate democrático sobre suas implicações legislativas e reflexos sociais. Os debates se polarizam entre as bancadas religiosas e afins, mais conservadoras e que se dedicam à pauta para uso e escambo político, e entre os mais progressistas, vinculados a movimentos sociais feministas e de gênero, liberais, estes últimos menos expressivos, num cabo de guerra ideológico que tende a nunca se satisfazer por não promover um debate honesto com a sociedade, apresentando racionalmente as motivações de um Estado laico e radicalizando as premissas democráticas.

Este texto propõe uma discussão técnica de uma realidade que deve ser tratada de modo igualmente técnico em limites estabelecidos, que é sua descriminalização, diante de uma percepção fática: as mulheres abortam independentemente de haver uma legislação proibitiva penal; e tais abortos realizados à margem legislativa acarretam sequelas (físicas, psicológicas, jurídicas, familiares, sociais...) na vida dessas mulheres. Haver tal legislação apenas impede que as mulheres que decidam (pelas razões que forem) ao procedimento e o façam de forma segura, implicando em riscos à saúde reprodutiva das mesmas bem como suas próprias vidas, e tenham garantidos suporte e informações estatal sobre os riscos do procedimento e amparo no caso de necessidade.

Desde essa premissa social constatada, busca-se uma resposta judicial adequada através de uma visão inclusiva e democrática de intervenção mínima estatal nas liberdades

individuais, sobretudo pelo uso do Direito Penal como meio (é preciso do Estado Democrático de Direito para lembrar ao Estado seu papel inclusivo e libertário).

Para tanto, tem-se duas perguntas que perfazem a estrutura do buscado: a primeira é a como se tutela/controla [o corpo d]a mulher na normatividade patriarcal, seja pela normatividade estatal em si seja paralelamente em seu controle moral e cultural; e a segunda, refletindo especificamente a questão do aborto, é quando (e como) deve-se iniciar a tutela jurídica da vida, quando a vida humana passa a ter interesse para o Direito e para a normatividade estatal. Tais discussões, de forma científica e comprometida com a realidade dos fatos, faz-se necessária sempre que há demonstrações de recrudescimento do Estado em assuntos de minorias, evidenciando um *déficit* democrático, cuja resposta a problemas sociais tendem a ser dadas através do Direito Penal – o que historicamente gera um novo problema social e a manutenção do problema em tese combatido por ele.

É importante situar o marco teórico utilizado, que não obstante o uso das prerrogativas liberais constitucionais a fim de fundamento positivo e jurídico do tema, as premissas maiores são a partir da literatura feminista: situa-se o conflito de dominação dos corpos femininos a partir da legislação como fator preponderante do machismo estrutural manifesto pelas estruturas de poder patriarcais, que criminaliza a sexualidade feminina como forma de controle (Capítulo 2), ainda que não se negue – ao contrário, também é fundamento, mas premissa menor – o liberalismo político, a partir das teorias de Ronald Dworkin e John Rawls (sobretudo, mas não somente em 3.1) e o garantismo de Ferrajoli (em 3.2) como fundamento argumentativo e democratizante de cabimento constitucional.

Deste modo, dividiu-se a pesquisa em três capítulos. No primeiro, explorou-se o uso político do corpo da mulher, como meio de controle e moeda de troca; falou-se sobre o conceito de aborto, incluindo o legal, o cenário jurídico e suas exceções, algumas comparações em experiências de outras nações, bem como os efeitos sociais decorrentes da legislação em vigência; abordou-se ainda como a legislação penal moralizante sobre o tema evidencia as fragilidades do Estado Laico, bem como os usos do aparato estatal como sedimentador de uma moral patriarcal inadequada à democracia inclusiva e plural pretendida.

No segundo capítulo, situou-se a localização histórica da mulher na sociedade ocidental, primeiro como sujeito negado, posteriormente esquecido e mais recentemente secundarizado, e os usos das instâncias de poder e as ocupações desses espaços não só por representatividade quantitativa, mas qualitativa, problematizando a estrutura patriarcal que mantém as mulheres secundarizadas, inclusive na esfera jurídica, e as identificando na

estrutura de dominação – fática e simbólica – como instrumentalizadas através de seus corpos sob o controle do patriarcado, seja pelo machismo referendado historicamente como única mão discursiva e pragmática, seja pela misoginia estrutural refletida no lastro legalizado de dominações aos corpos das mulheres, neste trabalho manifesto na criminalização do aborto, traçando possibilidades de inclusão democrática a partir do reconhecimento da questão e da politização da pauta de modo a fomento de igualdade material.

No terceiro capítulo, encaminhando-se às conclusões, aprofunda-se o mérito dessa pesquisa sobre a temática do aborto e sua legalização, e o uso político do corpo da mulher, agora como meio de libertação, em que procedeu-se ao estudo da viabilidade constitucional de uma legislação regulamentadora do aborto voluntário amparada por políticas públicas, analisando a decisão (histórica para o Judiciário brasileiro) proferida no voto-vista pelo Ministro Luis Roberto Barroso no *Habeas Corpus* 124.306/RJ ao fim de 2016, bem como procedeu-se ao estudo principiológico em direitos fundamentais e democracia, sustentando-se pela constitucionalidade do tema, de modo que haja interesse real de suporte estatal em políticas públicas de amparo as mulheres em sua dignidade reprodutiva.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, construindo-se a partir do questionamento de quando se deve tutelar juridicamente a vida, selecionando os fatores centrais e periféricos da argumentação, através de dados empíricos, racionais, situando os argumentos de base para a discussão do aborto, vinculados a questões religiosas e morais, apoiados na abordagem cotidiana através de pontuais matérias jornalísticas acerca do assunto referido, e em sequência analisando o mérito legal, pelo papel da legislação no assunto, enfrentando juridicamente as questões, devidamente filtradas principiológicamente, numa resposta constitucionalmente adequada aos preceitos de direitos humanos e fundamentais da mulher em vigência num Estado Democrático de Direito donde chegou-se às conclusões de que se trata pela viabilidade constitucional da legalização do aborto, por ser republicano.

Por fim, importante que se diga que os estudos sobre a legalização do aborto não se esgotam nessa pesquisa, e nem poderiam, tamanha a complexidade das incidências fatorias que podem ser abordadas a depender do enfoque. Escolheu-se o formato apresentado, elegendo-se as formas simbólicas e fáticas de controle do corpo da mulher por uma estrutura patriarcal e misógina através de violências, sejam físicas, sejam através da legislação, estas, modo mais sofisticado e atual de dominação, de modo que já têm sido analisados em artigos anteriores, possibilitadores de debate e revisionais em sua estrutura, devidamente citados nas oportunidades de confluência, e aqui aprofundados em algumas questões, mesmo pela forma.

Objetiva-se, portanto, através deste contribuir para uma discussão racional e comprometida com a democracia e a inclusão de temas tão caros às mulheres na pauta de discussão política e jurídica.

1 PRECISAMOS FALAR SOBRE ABORTO

“Os lugares mais quentes do inferno são destinados aos que, em tempo de grandes crises, mantêm-se neutros”
(Dante Alighieri)

Numa democracia é importante que exista a possibilidade de discussão de pautas consideradas polêmicas. De que seja possível falar-se, abordar-se, questionar-se e repensar-se sobre temas, como ato de manifestação cidadã – ainda que controversos por natureza dentro de uma estrutura posta. Não se convém dogmas, sob pena de a desvirtuarmos como tal - ainda que haja limitações constitucionais e humanitárias para alterações legislativas no que tange à restrição de direitos fundamentais, acertadamente, com o escopo de evitar-se que uma “maioria” abafe ou anule direitos fundamentais de “minorias”. Numa democracia, pode-se haver temas que não sejam consenso, e que ainda assim impliquem numa resposta constitucional adequada para tanto respeitando a diversidade e diversificação que a própria ideia de ser-humano concebe em sua individualização, e a compreensão do papel da razão pública.

E quando se fala sobre aborto indubitavelmente se está pisando em local sensível, revestido de dogmas de fé e tabus morais, mas que também possui tutela jurídico-legal, e que portanto, passa a ser assunto de Estado. O resultado desse tratamento indisposto e “cheio de dedos” em relação ao aborto é não se propor a (re)pensar seu instituto criminalizador: porque falar sobre aborto desperta paixões cegas no discurso, responsabilização feminina e, na forma como está posta no Brasil, um desamparo quase pleno à mulher que o faz – mesmo nas hipóteses permitidas em lei, como se abordará.

Trazer à discussão o tema da legalização do aborto no Brasil tende a envolver opiniões bastante viscerais e polarizadas de determinados grupos sociais, até mesmo pelos interesses políticos havidos, e em regra vinculados a religiosos em sua maioria de matrizes cristãs (católicos e evangélicos, sobretudo). Estas mesmas opiniões tendem igualmente a vir desacompanhadas de análises sócio jurídicas mais complexas (uma vez que tutelado pelo Direito em sua vertente mais violenta, o Direito Penal), e assim o procedem porque encontram seu fundamento na fé, e contra a fé não há cientificidade e racionalidade que se sustente em suas respostas e soluções na ordem do imaginário e mágico.

O corpo social brasileiro tem uma resistência ao tema, previsivelmente pela falta de debate e discussão. As vozes que ganham eco e que possuem espaço significativo tendem a utilizar-se de argumentos da ordem do religioso e da moral, sobretudo pela representatividade política que tais grupos ocupam nas estâncias de poderes – seja Executivo, Legislativo ou Judiciário, em todos os níveis do pacto republicano (o que não implica dizer que não haja resistência aos conservadores).

Ainda, implica em responsabilização da mulher, porque, assunto complexo que é, ao final e ao cabo delega a ela que se decida sobre bens jurídicos muito caros e cujas implicações sociais, morais e jurídicas podem gerar novos problemas nessa mesma ordem e que oneram sua condição de cidadania.

E, por fim, se trata de uma decisão solitária das mulheres, por vezes abandonadas (na esfera privada) por seus companheiros, familiares e oprimida (na esfera pública) pelo Estado em todas as incidências: proíbe-se o aborto com sanção criminal (que acaso realizado, implica no honesto receio e devida cautela ao buscar os serviços de saúde em eventuais complicações), tutelando o corpo da mulher como um objeto reprodutor a serviço de si, causando o efeito da maternidade compulsória, que obriga a gestação e seu ônus (um bebê necessariamente implica em transformações no corpo da mulher e em sua realidade socioeconômica) mas que desampara e pouco auxilia em informações, serviços de pré-natal e proteção sócio jurídica à mulher que se torna mãe.

Licença maternidade desigual para homens e mulheres, gerando desigualdade de tratamento e protelação/estagnação/dispensa na carreira destas; pouca proteção trabalhista à mulher que se torna mãe; ausência de creches e escolas em período integral; oportunidades diluídas na carreira profissional da mulher; são exemplificativamente ausências de políticas públicas que necessariamente oneram a mulher no exercício de maternidade [compulsória] (que precisa com urgência ser desromantizada), cujo recorte de classe e raça torna-se um fator ainda mais agressivo às mães desses grupos¹.

¹ De acordo com a pesquisa “*Licença maternidade e suas consequências no mercado de trabalho do Brasil*”, da Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV), 48% das mães são demitidas de seus trabalhos nos primeiros 12 meses após a licença maternidade. Os fatores considerados como preponderantes são a tradicional responsabilização da mulher pelos cuidados das crianças no período, e diferente divisão de tarefas com seus parceiros. Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html > ; < <https://estilo.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2017/08/28/48-das-maes-ficam-desempregadas-no-primeiro-ano-apos-o-parto.htm> > Acesso em 15 de Outubro de 2017. Outra pesquisa, divulgada pela BBC e publicada em vários canais de imprensa, mostra que as mães têm suas carreiras prejudicadas – falta de creches, instabilidade no setor privado, bem como impossibilidades de crescimento na carreira, além de demissão. Por outro lado, os pais têm maiores oportunidades de crescimento. Disponível em <

Fato é que há mulheres adoecendo e/ou morrendo em razão de abortos inseguros e precários, porque seus corpos não lhes pertencem, são cidadãs pela metade, o que é resultado direto da tutela criminal sobre o assunto, e ainda que tenham havido num passado próximo alguns poucos avanços paliativos em relação ao tema, há um conjunto de fatores que denotam a tendência ao recrudescimento no tratamento do assunto. Luis Felipe Miguel (2016, p. 57), leciona que

A soberania sobre si mesmo é um direito fundante da possibilidade de ação autônoma da arena política. Mas permanece uma grave assimetria entre homens e mulheres, gerada por aquilo que podemos chamar de *gravidez compulsória*, que representa uma limitação potencial permanente à soberania das mulheres sobre si mesmas. Então o cidadão, isto é, o homem, ingressa na esfera política dotado de soberania sobre si mesmo, mas para a mulher, tal soberania é condicional. Sob determinadas circunstâncias, ela deixa de exercer arbítrio sobre seu próprio corpo e se torna um instrumento para um fim alheio. Nesse processo ocorre uma inversão: em vez da sociedade ficar com a obrigação de garantir as condições para que as mulheres possam levar a cabo gestações livremente decididas, a gravidez passa ser uma obrigação perante a sociedade. *[Grifos do autor]*

Numa análise do cenário político sobre o assunto, se por um lado os movimentos feministas optaram pela estratégia de retirada do aborto como pauta prioritária, priorizando outras tidas como mais urgentes em determinados contextos, também nessas ações tiveram reduzidas suas possibilidades de liderança no debate – desde a evitação de tratamento constitucional para o aborto em 1988 ao recuo nas eleições presidenciais de 2010 - sobre o tema; por outro lado o aborto ganhou prioridade entre grupos religiosos, em especial a partir dos anos 1990², passando a ser uma das temáticas centrais na atuação destes grupos no Legislativo, e sendo usada por tais grupos como barganha ao “negociar” com o Executivo –

<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/por-que-ter-filhos-prejudica-mulheres-e-favorece-pais-no-mercado-de-trabalho.ghtml> > Acesso em 09 de Fevereiro de 2018.

² Sobre as discussões sobre aborto do Legislativo: “a distribuição dos discursos ao longo do tempo é bastante irregular [...]. Entre 1991 e 1999, foram pronunciados 325 discursos sobre aborto no plenário da Câmara dos Deputados, com um pico de 119 pronunciamentos em 1997, quando os parlamentares contrários ao direito ao aborto conseguiram evitar que o Projeto de Lei 20/1991, que regulamentava o atendimento às mulheres no caso de aborto previsto por lei, na rede pública de saúde, fosse enviado ao Senado. A derrota do projeto suscitou fortes reações dos movimentos feministas [...] levando à conquista da norma técnica do Ministério da Saúde regulamentando o atendimento. [...] Apenas dez anos depois o debate voltaria a uma frequência semelhante. Foram 97 discursos em 2007 e 112 em 2008, as duas maiores quantidades de pronunciamentos anuais sobre o tema, atrás apenas de 1997. [...] A Frente Parlamentar Evangélica atuava com essa denominação desde 2003, e em 2007 estavam tomadas outras três frentes parlamentares com o objetivo de obstruir avanços no direito ao aborto ou de fazer retroceder a legislação, reduzindo o número de casos previstos para o abortamento legal ou dificultando o acesso das mulheres a esse direito: a Frente Parlamentar Contra a Legalização do Aborto, a Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida e a Frente Parlamentar Mista em Defesa da Vida – Contra o Aborto. Essas frentes reagem a iniciativas favoráveis ao direito ao aborto no âmbito Executivo, como a Norma Técnica de “Atenção Humanizada ao abortamento”, de 2005, que determinava o atendimento nos hospitais públicos a mulheres que sofreram violência sexual e desejavam realizar um aborto mesmo quando não houvesse boletim de ocorrência [...] e do Judiciário, com a possibilidade de aprovação da ADPF n. 54, apresentada ao STF em 2004 [...]” (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2016, p.138-139)

aqueles descobriram que é possível usar direitos individuais e ataques a minorias como moeda de troca a outras temáticas e interesses, colocando à disposição direitos – de mulheres e homossexuais, principalmente, que simbolizam a ofensiva – fundamentais destes grupos a fim de mitigação e uso político (BIROLI; MIGUEL, 2016, p.11.).

Aborto, e conseqüentemente o corpo da mulher, passa a ter valor de escambo político e com finalidade de disputas de poder em outras pautas por homens brancos, ricos e autodeclarados como heterossexuais.

Os oradores^[3] são, quase todos, homens. A presença feminina é particularmente baixa no parlamento brasileiro. De acordo com os dados da Inter-Parliamentary Union, o país ocupa a penúltima posição na América latina, em quantidade de mulheres na câmara baixa. No período sob análise [1991-2014], a participação feminina na Câmara dos Deputados oscilou em torno dos 8%. Não é surpresa, portanto, que mesmo com as mulheres se pronunciando mais, dado o interesse específico da temática para elas, o debate seja dominado pelos homens: eles são os oradores de 86,4% dos discursos da amostra. O quadro fica pior quando se constata que a questão do aborto é o foco central de 61,7% dos discursos deles, mas apenas 49,2% dos discursos delas. Isto é, quando as mulheres intervêm na discussão, o aborto costuma ser apenas um tema, entre outros, que elas abordam no mesmo pronunciamento. (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2016, p. 136)

São os corpos das minorias que sofrem em regimes de austeridade, em que as camadas de base – e nesse caso o recorte de classe e raça passa a ser um componente essencial na discussão sobre o aborto – são usadas em tais manobras, vide Projeto de Emenda Constitucional 181/2015⁴, a popular PEC 181 ou “PEC Cavalo de Troia”, cuja proposta inicial busca aumentar a licença maternidade em caso de partos prematuros, o que seria um avanço, mas que insere no *caput* do art. 5º da Constituição a expressão “*inviolabilidade do direito à vida desde à concepção*” [grifo nosso], bem como no art. 1º, inc. III, ao tratar dos fundamentos da República, manifestar “*dignidade da pessoa humana desde a concepção*” [grifo nosso], o que poderia determinar um marco temporal constitucional para início jurídico da vida e dificultar ou mesmo impossibilitar as situações de aborto não puníveis em vigência.

Lucila Scavone (2008) compreendia, numa leitura parcialmente acertada do cenário político, que o movimento feminista possuía habilidade para o diálogo e alianças bem-

³ Na realização do estudo em citação que analisa o debate sobre aborto na Câmara dos Deputados, os autores leram e categorizaram todos os discursos sobre o tema no período de 1991 a 2014, contendo as seguintes palavras-chave: “aborto” “abortamento” “interrupção voluntária da gestação” ou “interrupção voluntária da gravidez”. Identificou-se ao todo 939 discursos, sendo utilizados 915 destes, uma vez que em 24 a palavra “aborto” foi usada com metáfora ou encaminhamentos de votação. 915 discursos corresponde a menos de 1% do total estimado de discursos no plenário do período em análise (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2016, p. 135).

⁴ Para a integralidade e acompanhamento do Projeto de Emenda, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449> > Acesso em 12 de Novembro de 2017.

sucedidas com os setores progressistas, ainda que dificuldade para atingir um maior público. Tal prognóstico positivo de pautas feministas institucionalizadas como políticas públicas não se confirmou, sendo discretas mesmo nos governos petistas, e mais recentemente tem tomado direcionamento oposto no cenário político reacionário e conservador brasileiro que tem ganhado força desde as chamadas “jornadas de junho” em 2013, ainda que as pautas feministas por igualdade, sobretudo as correlatas ao feminismo liberal e racial, tenham se tornado bastante populares em espaços não institucionais, ganhando projeção em redes sociais.

Constatava Scavone na ocasião, que a estagnação da pauta descriminalizadora do aborto no Brasil tinha fundo político forte, ainda que demonstrado o descompasso da legislação criminal do tema com os princípios e fundamentos constitucionais, e que, não obstante haver um projeto preliminar de descriminalização e legalização do aborto encaminhado ao Congresso desde 2006, sua demora estava justificada pela então crise política do primeiro Governo Lula (o denominado “mensalão”), que impossibilitou levar adiante algumas pautas mais delicadas, mesmo após a superação da crise.

Em 2005 a Primeira Conferência Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres afirmou a existência de um estado laico e recomendou a revisão da criminalização do aborto, reutilizando esse argumento fundamentado nos direitos individuais. A SPM designou uma comissão tripartite, com representantes do Executivo, Legislativo e Sociedade Civil (inclusive feministas), para discutir a questão do aborto. [...]. No final de 2007, o governo lançou o Programa Especial de Planejamento Familiar, buscando contornar o problema do aborto, e foi apoiado por um grupo de feministas. Entretanto, esse grupo aproveitou a ocasião para manifestar os princípios feministas do estado laico, dos direitos reprodutivos, da questão do aborto inseguro e da afirmação do projeto de descriminalização. Observa-se, então, que o feminismo insere habilmente a questão do aborto na discussão mais abrangente dos direitos sexuais e reprodutivos e afirma não só os compromissos do País nas convenções internacionais sobre o tema como o projeto de lei enviado ao Congresso. Evidentemente, o alcance desse posicionamento é mais político do que social. (SCAVONE, 2008, p. 678-679)

O uso político do aborto como negociata eleitoreira sempre existiu, mas escancarou-se nas eleições de 2010, em que a disputa pelo voto religioso (sobretudo o evangélico pentecostal e católico) demonstrou que essa parcela do eleitorado é numericamente significativa. Denise Maria Mantovani (2016, p. 189-216), ao analisar o papel do jornalismo na definição dos discursos conservadores nesse caso, relata que a polêmica havida sobre aborto como principal assunto na cobertura eleitoral não promoveu uma discussão efetiva sobre a descriminalização ou legalização do direito ao aborto no Brasil, muito menos um debate em torno do direito autônomo das mulheres sobre seu corpo, aspecto central ao se

discutir a laicidade do Estado ou o aprimoramento de valores ampliativos de igualdade entre sujeitos (homens e mulheres) nas democracias liberais.

No estudo realizado por Mantovani, após apreciação numérica e de dados, constatou que a maior parte das fontes que ocupou os noticiários no período de julho a outubro de 2010 eram vinculadas a segmentos religiosos, o que transformou a disputa presidencial num instrumento de disputa eleitoral por setores do campo religioso e político, cuja cobertura jornalística fora estrategicamente orientada a ter o aborto como centro dessa disputa com o escopo do diferencial dos votos religiosos, quantitativamente significativo para definição de quem ocuparia o cargo. Essa postura dos jornais, que não promoveu o debate equilibrado do tema, reforçou uma cobertura que colaborou para endossar posicionamentos conservadores determinados pelas igrejas em seu movimento de persuasão aos fiéis contra o voto “naqueles que defendem o aborto”.

O campo jornalístico é esfera importante na construção da realidade e na forma como os indivíduos organizam os acontecimentos registrados em seu cotidiano, não sendo um espaço neutro de mera narrativa, posto sua influência em predispor o cidadão e a cidadã a determinadas preferências partidárias ou posicionamentos ideológicos (MANTOVANI, 2016, p. 190-191).

De acordo com a pesquisa de Mantovani, o aborto tomou forma na disputa eleitoral já a partir do primeiro turno, através de ferramentas de comunicação digital e redes sociais, advinda de mobilização de setores religiosos que desestimulavam o voto em candidatos que se posicionavam ou se posicionaram em outros momentos a favor da legalização do aborto, bem como do casamento homoafetivo e adoção por casais de mesmo sexo, reformulando a “família tradicional brasileira”. Tal mobilização foi ignorada *a priori* pela grande mídia convencional, que optou pela exploração de escândalos políticos em administrações anteriores dos candidatos e/ou seus partidos. Ao analisar as quedas das intenções de voto na então candidata Dilma Roussef (PT) no primeiro turno, percebeu-se que os fatores numéricos em escândalos políticos se mantinham estáveis, porém, a polêmica do aborto causou maiores danos, ao observar a queda de intenção de votos nas comunidades católicas e evangélicas pentecostais, tornando então tal temática um assunto “público” ao ser validado pelas mídias tradicionais, que passaram e repercutir o tema no segundo turno (MANTOVANI, 2016, p. 192-200).

Tal mudança comportamental da cobertura jornalística indica que o agendamento do tema ocorreu por fatores exógenos aos seus controles e filtros, e que não obstante tal

orientação de pauta ter sido criticada pelos editoriais e opinativos respectivos, por centrar o debate presidencial em discussões conservadoras sobre o aborto, em vez de reafirmar valores do processo democrático e amadurecimento do eleitorado, os mesmos veículos jornalísticos optaram pelo “não debate” efetivo ao não aprofundar o assunto, concentrando a cobertura nas estratégias e contradições dos candidatos referente ao posicionamento pessoal, impondo necessariamente uma confusão entre fé e direito como fundamento aos eleitores, enquadrando o aborto como questão moral e não possibilitando o debate como questão de direito, além de reforçar um discurso antiabortista ao ceder espaços praticamente exclusivos aos religiosos – posto que era o voto deles que estava jogo (MANTOVANI, 2016, p.193-205).

Como explica, os discursos socialmente hegemônicos são reproduzidos como portadores de valores “universais” e os contra discursos são muitas vezes silenciados ou não se tornam públicos, a não ser como “estereótipos verbais”. O debate estereotipado ou mesmo a tímida presença de vozes em defesa do direito ao aborto e de sua descriminalização, contrastando com a grande presença de agentes do campo religioso e do campo político agindo como sujeitos definidores dos discursos dominantes, contrários ao aborto, são exemplos de uma narrativa legitimadora de constrangimentos estruturais de gênero (MANTOVANI, 2016, p. 205). Complementa, identificando que

Os enquadramentos noticiosos envolvendo a descriminalização do aborto nas eleições de 2010 estavam concentrados em dois eixos centrais: um, de ordem política, em que predominavam as ênfases nas “estratégias eleitorais” dos candidatos para conquistar o voto dos eleitores religiosos e para uma postura “oportunista” de mudança de posicionamento, atributo principalmente vinculado à candidata Dilma Rousseff (PT). O outro eixo estava voltado para a ênfase aos valores religiosos com destaque para a condenação do aborto por ser uma “prática contrária aos princípios da igreja” e na oposição entre o aborto e a “defesa da vida e da família”. (MANTOVANI, 2016, p. 206)

Nesse contexto, fica assaz evidente que o direcionamento dado e a opção pela abordagem como fora, buscou evitar a resolução do mérito e a problematização do aborto num espaço de cidadania, em que a seletividade midiática estabeleceu uma agenda pública conservadora – cujos efeitos tem-se sentido de modo muito claro em 2017 e 2018 em continuidade - e mostrou que o contexto de politização do religioso assume relevância numérica e expressiva apta a determinação de pautas excludentes, e neste caso em específico, não somente não se propiciou um debate sobre o assunto, como reiterou-se e reforçou-se significações de gênero que *“submeteram a discussão sobre a temática da mulher, como o direito sobre seu corpo, a posições conservadoras, ao moralismo religioso e a valores masculinos, reproduzindo discursos que naturalizam hierarquias e desigualdades de gênero”*

(MANTOVANI, 2016, p. 213), revelando-se muito eficiente o poder político na dominação dos corpos das minorias: os setores mais progressistas, com a escusa de evitar retrocessos ao pouco que se avançou, aceita negociar a estagnação a fim de não haver uma segregação ainda mais incisiva nesses aspectos em razão da presença religiosa na política e do uso da razão pública nessas pautas.

A estratégia do uso do aborto como chantagem política em campanha reapareceu em 2014, que, de acordo com Luis Felipe Miguel, Flávia Biroli e Rayani Mariano (2016), além da pauta em campanhas semelhantemente teve atenção do Congresso, em pronunciamentos e audiências públicas das comissões parlamentares de projetos de lei, e quem as trouxe em pauta foram majoritariamente grupos religiosos (católicos, evangélicos e também espíritas) – e não necessariamente partidos com siglas pontuais - revelando a ofensiva retrógrada e seu perfil relacionado à religião, cuja pesquisa em dados mostra que, se por um lado houve crescimento expressivo de tais grupos, em oposição minguou-se posicionamentos abertamente favoráveis a legalização. Destes últimos, tem-se que em seus argumentos o viés destacado é sobre se tratar de uma questão de saúde pública (indubitavelmente importante), ofuscando a questão da individualidade e da autonomia das mulheres como valor de cidadania (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2016, p. 127-128). O corpo da mulher ainda é mais facilmente assimilável – ainda que nos setores progressistas – como algo público e tutelável como tal em interesses, e não individualizável e autônomo de modo a ter seu pertencimento como identidade pessoal e única.

No Congresso Nacional, uma frente suprapartidária^[5] contra o aborto reuniu, em 2014, 167 deputados (quase um terço da casa, que conta com 513 representantes) e 13 senadores (dos 81 que compõem o Senado Federal). A luta contra o aborto foi a plataforma de inúmeros candidatos às eleições legislativas recentes, tanto para a Câmara dos Deputados quanto para as assembleias legislativas estaduais. No Horário de Propaganda Eleitoral Gratuita em agosto e setembro de 2014, a “defesa da vida” foi um dos bordões mais recorrentes, ao lado de sua parceira permanente, a “defesa da família”. Se muitos candidatos às eleições proporcionais

⁵ O padrão de atuação partidária relacionado ao aborto é variável, não obstante haja recentemente concentração de políticos ligados a igrejas evangélicas neopentecostais nas siglas PR (Partido da República), PSC (Partido Social Cristão) e PRB (Partido Republicano Brasileiro) que unanimemente reúnem manifestações contrárias ao aborto (16 ao todo). O PV (Partido Verde) tem 14 discursos, em regra contra, e destes, 13 do parlamentar Roberto Lucena (contra). No PT (Partido dos Trabalhadores) convivem defensores e adversários, manifestando-se sobre o tema 22,1% do total dos pronunciamentos da pesquisa referenciada (contra e a favor); PFL/DEM (Partido da Frente Liberal/Democratas) soma 11,6% do total dos discursos (contra majoritariamente, exceto pelo Dr. Pinotti) e siglas como PP, PPB e PPR, que reúne figuras de sustentação do período da ditadura militar em 10,2% dos discursos. Em referência aos parlamentares em si, quem mais se manifestou no período (1991-2014) foi Luiz Bassuma (ex-PT, ex-PV, ex-PMDB, ex-PEN, ex-PROS, atual Avante/PTdoB), líder espírita e um dos autores do “Estatuto do Nascituro”, com 65 falas contra o aborto; Severino Cavalcanti (ex-UDN, ex-Arena, ex-PDS, ex-PDC, ex-PL, ex-PPR, ex-PFL, ex-PPB, atual PP) com 40 falas contra os direito das mulheres; a favor José Genoíno (PT), em sétimo lugar na quantidade de manifestações totais, com 25, seguido por Marta Suplicy (quando no PT, hoje PMDB) com 19 discursos. (MIGUEL, BIROLI, MARIANO, 2016, p. 137-138)

identificavam nas bandeiras da direita religiosa a melhor maneira de sensibilizar o eleitorado, nas eleições majoritárias os candidatos se viram constrangidos a afirmar publicamente sua oposição ao direito de escolha das mulheres. Se não o fizessem, seriam vetados pelos líderes religiosos e sofreriam campanha negativa nas igrejas. (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2016, p.128)

Mesmo em 2014 com o noticiamento de mortes de mulheres ocorridas em clínicas clandestinas, as ações estatais não foram no sentido de revisar a legislação, mas, a contrário senso, no de aumentar a repressão e a resposta penal contra essas mesmas clínicas e expiar a culpabilização nas pessoas próximas e que estavam cientes de que as mulheres vitimadas utilizariam dos serviços abortivos das referidas clínicas (depois de mortas, são vítimas, mas se não morrem, são autoras do fato típico e sujeitas a tutela penal e liberdade restringida) (LUNA, 2017, p. 1159-1181).

Entre os anos de 1991 a 2014 houve na Câmara 915 pronunciamentos relacionados ao aborto (vide nota de rodapé 3 e 5 deste trabalho) onde constatou-se os posicionamentos de tais discursos, e, inobstante a progressão descontínua das ocorrências, fez-se perceptível a tendência de ampliação dos discursos contrários ao direito. O maior percentual de discursos favoráveis à ampliação do direito ao aborto ocorreu em 1991 (39,4% – 13 em 33 discursos), percentual que nunca mais ultrapassou 30%, implicando a zero discursos em 2011, 5 em 2012 (9%) e zero em 2013 e 2014, revelando a intensificação dos constrangimentos (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2016, p. 139).

Não se fala nem se falou sobre aborto, porque em regra somente um lado se manifesta, ainda que tenha sido a pauta orientadora de eleições e debates legislativos. Porque falar sobre aborto é compreender do que se trata o fenômeno através da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, com espaço para o debate e argumentos, ainda que cientes das incidências fatoriais sobre sua definição, compreender as consequências do tratamento penal sobre o aborto e, se for o caso, como neste trabalho se entende, repensar o modo que tratamos juridicamente sua tutela.

1.1 MAS O QUE É, AFINAL, ABORTO?

Aborto não é propriamente uma palavra jurídica, não obstante seu uso terminológico no Direito Penal.

Aborto, tecnicamente, seria o resultado do abortamento, sendo este o ato em si de interrupção – natural ou não – da gestação antes do desenvolvimento embrionário e/ou fetal completo, mas seu uso corriqueiro e na legislação passou a adotar o significado pela

corruptela, que veio a ser aceito como o próprio ato, mesmo pela utilização legal do termo (PRADO, 1985, p. 10). O termo alcança várias áreas, desde a moral à medicina, e é usado desta maneira por elas, tendo indubitavelmente seu conceito de relevância moral confundido com a questão jurídica.

O período gestacional humano dura em média 38-40 semanas, contados a partir da última ovulação da mulher até o parto. Os biólogos empregam termos distintos para distinguir as etapas da vida humana pré-natal (zigoto, pré-embrião, embrião e feto⁶) (DWORKIN, 2003, p.4); para os efeitos dessa pesquisa, mesmo pela vinculação legal sobre aborto que não distingue os momentos e etapas gestacionais, não será feita a distinção destes momentos *a priori*, e será usado o termo “feto” como regra geral, implicando desde as fases iniciais de desenvolvimento.

No Código Penal brasileiro (artigos 124 a 128) a conduta típica consiste em *provocar* (dar causa a, originar, promover, ocasionar) aborto. O Código não define o que se entende por *aborto*, nem estabelece os marcos temporais para sua ocorrência dolosa, portanto é considerado como elemento normativo extrajurídico do tipo, em que sua correta definição exige um juízo de valor empírico-cultural, que, de acordo com Luiz Regis Prado, é feito sobretudo pelas ciências médicas e biológicas. Ainda, o autor afirma que o aborto consiste na “*morte dolosa do feto dentro do útero*” ou “*na violenta expulsão do feto do ventre materno, da qual resulte a morte*”. Entende-se também suficiente para a configuração do aborto a interrupção da gravidez a qualquer tempo antes do parto – incluindo-se, portanto, períodos gestacionais posteriores a 12^a semana/1^o trimestre gestacional. Ainda assim, tais fenômenos, isoladamente considerados, não caracterizam com exatidão o aborto (PRADO, 2005, p. 108).

Conforme se esclarece, a mera interrupção da gestação, por si só, não implica o aborto, uma vez que a gravidez pode ser interrompida com a expulsão do feto e a criança sobreviver, a depender do período gestacional da ocorrência. Em regra, o período de abortamentos naturais ocorre até a 22^a-24^a semana gestacional, com pico de incidências até a

⁶ A etapa de zigoto e pré-embrião compreendem a fase germinal, na primeira e segunda semanas, constante em rápida divisão celular de maior complexidade, viagem ao longo da trompa uterina e fixação na parede do útero; a fase embrionária, momento que se tem o embrião, vai em média da segunda à oitava semanas, em que ocorrem o desenvolvimento dos órgãos e principais sistemas corporais (respiratório, digestivo e nervoso). Esta é a fase que o embrião se encontra mais vulnerável a influências do ambiente pré-natal e os embriões com defeitos graves originam abortos espontâneos; a fase fetal é estimada da oitava semana até ao nascimento, em que ocorre a maturação do feto até o parto.

12^a-14^a semana⁷, sendo a partir da 28^a semana configurada a viabilidade fetal, e a partir deste período até por volta da 37^a semana gestacional, dá-se a ocorrência dos partos prematuros.

Também a expulsão não deve ser considerada como único pressuposto cabível para configuração do aborto, uma vez que seja possível processos de autólise e litopédio (este quando o embrião se calcifica, permanecendo no útero como um corpo anexo; e aquele quando o organismo materno reabsorve o embrião). Ambos nas primeiras semanas de existência.

De modo genérico, o aborto acontece quando o nascituro *intra uterum* tem sua expectativa de vida frustrada, sendo expulso ou não.

De modo específico para os interesses jurídicos, tem-se o aborto *provocado*. Este é fruto da intenção da mãe ou de terceiros, que atuam de modo a interromper o curso da gravidez com o feto em desenvolvimento. É sobre essa definição que se trabalha nesta pesquisa.

1.1.1 Aborto na Legislação Brasileira

O predomínio inicial em relação a tutelas jurídicas sobre o aborto era de total indiferença, sendo considerado, nos primórdios, o feto como parte integrante do organismo materno, e conseqüentemente sendo critério dela a decisão de prosseguir ou não com a gestação, sendo que utilizar substâncias abortivas era vedado pelo perigo em relação a saúde materna (PRADO, 2013, p. 128-129).

No Direito Romano, inicialmente, não se sancionava a morte dada ao feto, sendo este parte do corpo da gestante, e portanto a ela cabível livre disposição (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*). A partir do imperador Septimus Severus (193-211 d. C) o aborto passou a ser considerado como lesão ao direito de paternidade, justificado pela frustração das expectativas paternas quanto à descendência, cuja penalidade era a mesma do envenenamento doloso. Em sendo auto aborto, a punição era o desterro para a mulher; em sendo praticada por terceiros, além do desterro, imputável a condenação de trabalhos forçados nas minas (*damnatio in metallum*) aos mais pobres (*humiliores*) e o rebaixamento de estratificação social bem como confisco de bens e propriedades (*relegatio* e *confiscatio*) aos

⁷ A gravidez é uma experiência cheia de ditados populares, conhecimentos comuns e bastante superstição. Vem dessa constatação o conselho dos antigos de não espalhar a notícia da gravidez até o terceiro mês, para a criança “vingar”.

mais abastados, em regra senadores romanos, magnatas e proprietários de terras (*honestiores*) (PRADO, 2013, p. 129)⁸.

Não obstante a referência autorizada, forçoso que seja dito que à mulher historicamente pouco oficialmente se possuía em sua condição de sujeito e seu corpo em pertencimento de si considerada, sendo uma propriedade da ordem da reprodução e domesticidade (do grego, *zoé* e *oikos*), em formatação patriarcal, como se aborda com maiores detalhes no Capítulo 2 desta pesquisa. Assim, a releitura histórica feminista deve vincular/filtrar criticamente tais dados mais tradicionais, bem como as implicações jurídicas de um reflexo social marcado por um Estado formatado de modo muito diverso do que atualmente se compreende como tal, estando estão numa perspectiva de tratamento a partir do Direito Privado, que era como as relações humanas estavam geridas.

Já em *terrae brasilis*, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 126-150), ao tratar sobre aborto em seu Tratado de Direito Penal (vol. 2), relata que o Código Criminal do Império (1830) não criminalizava o auto aborto (modalidade praticada pela gestante), todavia previa punição na realização por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Havia ainda previsão de punição pelo fornecimento de meios abortivos, mesmo que o aborto não ocorresse. A pena era agravada se o terceiro que praticasse o abortamento exercesse medicina ou afins (BITENCOURT, 2007, p. 126-127).

Manifesta ainda que o Código Penal de 1890 distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, sendo agravado se ocorresse a morte da gestante; neste Código já se apresenta a versão de punibilidade da gestante que realiza o auto aborto. Porém “*se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada*” (BITENCOURT, p. 127). “Ocultar desonra própria” significa deixar de ser virgem – presunção daquela que engravida - fora do matrimônio; a vergonha de tal é tamanha que apta a diminuir pena criminal pela compreensão social da situação da mulher. O teor de moralidade religiosa arraigada na assertiva e na dominação no corpo da mulher controlado pelas estruturas de poder vigentes através do Estado fica evidente.

⁸ Importante atentar-se a duas questões que trata-se no feminismo interseccional, e que desde muito, já são delineadas na antiguidade romana: a questão de gênero, uma vez que apenas os interesses do homem e seus herdeiros passaram a ser tutelados, justificando assim a tutela daquilo que se entendia como Estado (uma formatação muito incipiente daquilo que hoje compreende-se como tal), mesmo porquê mulheres estavam invisibilizadas no período, como será aprofundado no Capítulo 2 desta obra; bem como a perspectiva de classe: aos das camadas inferiores, sem posses para negociação, punia-se através da força de trabalho, usando-se os corpos então como meio de castigo; aos abastados, punição de rebaixamento social nas castas e de confisco dos bens.

No Brasil de 2018 o aborto é tutelado pelo Código Penal de 1940, entre os artigos 124 a 128, no capítulo de crimes contra a vida⁹.

O bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno [...] Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege; **relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária**; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a *concepção*¹⁰ até momentos antes do início do parto. (BITENCOURT, 2018, p. 185) [grifo em itálico do autor; grifo em negrito nosso]

Noutra demarcação temporal quanto ao início da tutela passível de criminalização, segue Luiz Regis Prado, na oportunidade também explicando o bem jurídico tutelado:

O bem jurídico tutelado pelos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida do ser humano dependente, em formação – embrião ou feto. Protege-se a vida intrauterina para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente e nascer. O objeto material ou da conduta é o embrião ou o feto humanos vivos presentes no útero da mulher. **É de notar que o embrião e o feto não são considerados pessoa, tampouco são titulares de direitos, mas não são coisa, ou algo intermédio, mas deve ser-lhes reconhecido uma condição própria e independente. É a partir da nidação que deve se iniciar a proteção jurídica da vida humana.** (PRADO, 2013, p. 133) [grifo nosso]

⁹ Na integralidade da legislação, os artigos do Código Penal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁰ O entendimento sobre o início da tutela temporal ser a partir da concepção não é unânime, tendo inclusive, tolerância doutrinária moderna referendando o início temporal como a partir da nidação (momento em que o óvulo se fixa na parede uterina), uma vez que, ao considerar-se a partir da concepção, métodos contraceptivos como o DIU de cobre, bem como a chamada “pílula do dia seguinte” seriam abortivos para os fins do Código Penal.

Não há qualquer menção ao aborto na Constituição da República. Assim, em regra, a prática é vedada criminalmente, passível de pena para a gestante que põe fim dolosamente à gestação, bem como a terceiros que possam auxiliá-la ou obrigá-la a tal. A autoria recai somente na mulher, uma vez que é no corpo dela que se aloca o fato delitivo; o direito penal e sua estrutura de responsabilização se volta contra ela no auto aborto ou sob seu consentimento (art. 124 do Código Penal), e paralelamente o peso moral da decisão e do julgamento social, estruturados na criminalização secundária.

Excepcionalmente, a legislação prevê duas excludentes de ilicitude (conforme doutrina majoritária na interpretação do tema, muito embora a redação da lei diga “*não se pune*”, implicando no que seria excludente de punibilidade), qual seja, o aborto necessário (advindo da necessidade de salvar a vida da gestante) e o aborto humanitário (em razão de estupro).

Mais recentemente [2012] o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADPF 54, que é causa excludente de tipicidade o chamado aborto eugênico, que autoriza o procedimento para os casos de anencefalia¹¹. Tal declarou, por maioria e nos termos do voto do relator, inconstitucional a interpretação de que o feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incs. I e II do Código Penal, solucionando a polêmica sobre o direito da mulher em voluntariamente interromper a gestação em se tratando desta comprovadamente de feto portador de anencefalia (PIRES, 2016, p. 362).

¹¹ Ainda antes da decisão do Supremo a respeito, Bitencourt (2007, p. 140-150) já sustentava que considerar a hipótese do aborto anencefálico como fato atípico seria medida de respeito a dignidade humana da gestante, inexistindo fundamento para censura social. Argumentava então que o enfrentamento começava a partir do exame da (in)adequação da denominação aborto, “*na medida em que se trata de feto sem vida, ou, na linguagem médica moderna, trata-se de um feto com morte cerebral. Examinando-se nosso Código Penal de 1940, constata-se que o legislador de então, ao criminalizar o aborto, não foi radical, pois admitiu como lícito, ainda que excepcionalmente, o aborto necessário e o aborto sentimental (art. 128). Isso permite concluir que, se, na época, houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente também teria admitido o denominado aborto anencefálico, diante da absoluta certeza da inexistência de vida, como ocorre na atualidade*” (BITENCOURT, 2007, p. 141). Continua, manifestando que “*O entendimento do legislador brasileiro, não há dúvida alguma, seguindo a evolução médico-científica, reconhece que ‘a morte cerebral’ põe termo à vida humana. Ora, se a ‘morte cerebral’ significa a morte, ou, se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o “esquartejamento médico” para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? Portanto, a interrupção de gravidez em decorrência de anencefalia não satisfaz aqueles elementos, que destacamos anteriormente, de que ‘o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo’, e ainda que ‘a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas’.* Com efeito, na hipótese de anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa interrupção de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.” (BITENCOURT, 2007, p. 145) [grifos do autor]. O posicionamento do autor é mais “cru”, e não pormenoriza questões como potencialidade ou expectativa de vida viável, como fez-se na ADPF 54, mas certamente possui sua contribuição no sentido de atipicidade da conduta, conforme destacou-se nos trechos citados, e tem se mantido em edições mais recentes de sua obra (BITENCOURT, 2018).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54) foi proposta em 2004, tendo autorização para a interrupção das gestações vigorado intermediariamente através de liminar por quatro meses e revogada em 20 de outubro do mesmo ano. A decisão quanto ao mérito apenas ocorreu em 2012. Até então, as mulheres que pretendessem pela interrupção tiveram que judicializar a questão. Muitas levaram, diante da negativa pelo Judiciário, a gestação até o parto amadurecido, para de lá saírem sem seus filhos.

A anencefalia é um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação. Por diversas razões, o tubo neural do feto não se fecha, deixando o cérebro exposto. O líquido amniótico gradativamente dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência de um feto com anencefalia. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto sobrevivem minutos ou horas fora do útero. O Brasil é o quarto país do mundo em número de partos de fetos com anencefalia. [...]. O argumento jurídico e ético da ação apresentada à Suprema Corte baseou-se na certeza científica da impossibilidade da vida extrauterina do feto. A anencefalia exige uma reconfiguração dos termos descritivos tradicionalmente utilizados no debate sobre o aborto em países com forte tradição moral cristã. (DINIZ; VÉLEZ, 2008, p. 648)

A defesa da causa realizada pelo então advogado e professor Luis Roberto Barroso foi sustentada no sentido de que a inviabilidade fetal extrauterina era uma certeza, não sendo possível argumentar sobre interesses fetais sob tutela, posto que inexistentes; desta forma, a discussão circunscrevia-se aos direitos constitucionais das gestantes, pontuando em relação ao mérito que a criminalização da antecipação terapêutica de feto anencefálico vulnera o preceito da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV CR), o princípio geral da liberdade derivado do princípio da legalidade (art. 5º, inc. II CR) bem como ao direito à saúde (arts. 6º e 196 CR) (PIRES, 2016, p. 363).

Assim, o *corpus* decisório dos ministros não se ateve à discussão sobre o início da vida e sim à sua potencialidade, cientes da inviabilidade extrauterina nestes casos. A decisão não trouxe nova excludente de ilicitude a juntar-se com as demais supracitadas, sob pena do Judiciário imiscuir-se no Poder Legislativo em sua função típica de fazedor de leis; neste caso em específico não foi criada uma nova condição de excepcionalidade nem discutiu-se a possibilidade de ampla descriminalização, haja vista que não analisou-se a constitucionalidade do tipo penal do aborto em si, mas o reconhecimento da impossibilidade de concretização da vida em gestações como tais, declarando-se a atipicidade da conduta penal das hipóteses de aborto arroladas no Código Penal para os casos de anencefalia – assim, as mulheres que compreenderem por não levar a gestação adiante a partir da constatação

médica, poderão, se assim entenderem adequado, realizar o procedimento de aborto (“antecipação terapêutica”) sem que seja uma conduta criminosa.

Ao analisar a descriminalização judicial da chamada “antecipação terapêutica do parto”, Teresinha Pires manifesta que a ADPF 54 proporcionou significativo progresso no que se refere à concretização de liberdades individuais no cenário da jurisdição constitucional brasileira. Reporta, ainda que

Os direitos reprodutivos da mulher passam por processo de aperfeiçoamento, sendo que as Cortes Constitucionais, em geral, vêm procurando elucidar o seu âmbito de proteção da forma mais consentânea possível com o estágio atual da ciência médica e com as novas demandas femininas. A decisão da Corte brasileira, no caso, seguiu, nos limites do objeto da arguição, os parâmetros internacionais de crescimento do amparo jurídico às escolhas da mulher em relação ao controle do seu próprio corpo e à sua autonomia moral. É um precedente que, em sequência ao julgamento da ADIn 3510, aperfeiçoou, em linhas gerais, os critérios de análise constitucional para o enfrentamento do problema do aborto, constituindo indubitável referência analítica em relação a eventuais ações judiciais futuras que versem sobre a matéria. (PIRES, 2016, p. 368)

Não obstante as exceções apontadas, o aborto ainda é um fato típico tutelado pelo Direito Penal, e mesmo os autores de Direito Penal utilizados e amplamente conhecidos desde a graduação (ou seja, não são sujeitos pontuais e excepcionais, são dogmática e cientificamente reconhecidos e referendados) – Bitencourt e Regis Prado – não enfrentam as discussões sobre a ampliação descriminalizadora nas primeiras semanas gestacionais, como ocorre legalmente em grande parte dos países europeus. Justiça seja feita, menciona-se de modo sintético, literalmente, na expressão “calha a síntese” uma exposição empobrecida da pauta descriminalizadora/legalizadora¹²(in PRADO, 2013, p. 131), bem como em edição após o Habeas Corpus n. 124.306/RJ, em que Luiz Regis Prado se posiciona, referindo que merece destaque o voto do Ministro Barroso (estudado adiante, no item 3.1.2 deste) porém que

O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5º, caput, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são seus titulares. Logo, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina). (PRADO, 2018, p. 90).

¹² Na literalidade: “Na atualidade, o aborto provocado é incriminado em grande parte das legislações. Não obstante, disseminam-se as vozes que se elevam contra essa tipificação. Embora vários os argumentos expendidos, calha a síntese: a) o feto é parte da mulher e esta pode dispor do produto da concepção; b) a vida do feto não é um bem jurídico individual, mas um interesse da sociedade a ser protegido em alguns casos; c) a pena não logra evitar as práticas abortivas; d) o aborto é uma lei de exceção endereçada às classes sociais mais pobres; e) é necessário proteger a vida e a saúde das numerosas mulheres que recorrem ao aborto clandestino.” (PRADO, 2013, p. 131)

Essa inviolabilidade indistinta do direito à vida é falaciosa, ainda que de força retórica, porque existem hipóteses amparadas por lei de relativização da vida como conceito amplo, exemplificativamente, como tratou-se e ainda se abordará neste texto. Desconsidera, na generalização posta, qualquer possibilidade de autonomia e interesses da mulher em sua amplitude como indivíduo, bem como se vincula com uma interpretação eivada de moralidade (ainda que não consciente/declarada) a referir-se à punição da sexualidade da mulher pelo Direito Penal, com uma leitura conservadora e pouco crítica do tipo penal e da função exercida por esse ramo do Direito como fomentador da dominação e dos interesses dos estratos dominantes.

E este fato – a tutela criminal e a forma de tratamento na doutrina pátria - é simbolicamente demonstrativo do comprometimento legal das políticas públicas em relação ao tema. Estar o aborto alocado na legislação brasileira unicamente no Código Penal é uma manifestação muito clara de uma escolha de política pública – criminal - pontual do legislador de 1940 (e sua manutenção por ali, igualmente, uma manifestação muito clara do Legislativo que se perpetua).

A tutela que o legislador optou a dar para o tema foi criminal, a resposta mais pesada que o Estado pode dar, e nesse caso especificamente num “público alvo” que foge àquele tradicionalmente vinculado ao direito penal: em tese alcança-se todas as classes sociais e raças (evidentemente agrava-se quanto à mulher pobre e negra, por fatores que serão discutidos adiante) mas o enfoque é única e exclusivamente nas mulheres biologicamente identificadas, em capacidade reprodutiva, claramente criminalizando atos vinculados às mulheres biologicamente identificadas pela natureza do tipo.

Sobre o uso do Direito Penal como meio coercitivo, Zaffaroni manifesta tratar-se de uma armadilha neutralizante e retardatária, pois o poder punitivo opera sempre seletivamente, se repartindo conforme a vulnerabilidade e esta, por sua vez, respondendo a estereótipos. Os estereótipos se constroem atribuindo negatividade a imagens carregadas de preconceitos que contribuem com a sustentação cultural das discriminações, sendo a seleção criminalizante o último produto de todas as discriminações. A essas condições e características dos sujeitos em situação de prisão obedecem a essa estrutura discriminatória posta, reiterando a classificação de acordo com os preconceitos que determinaram a seleção desses mesmos sujeitos (ZAFFARONI, 2001, p. 66)¹³ ao se observar quem são as mulheres que abortam no

¹³ No original: “*En cuanto a la relación del discurso feminista y el discurso del poder punitivo, si bien tiene particularidades, la trampa neutralizante y retardatária no es en lo básico diferente de las que amenazan a los otros discursos antidiscriminatorios. [...] El poder punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme*”

Brasil, naquilo que se consegue apurar (posto se tratar de ato criminalizado) e quem são as mulheres que sofrem as consequências jurídicas de tal.

A relação feminina com as questões delitivas resultantes nas implicações de tutela tem uma raiz histórica importante de ser mencionada para a finalidade de compreensão de tal tratamento e de seu modo operante vinculado ao controle da sexualidade e dos seus corpos e do uso do poder político nos indivíduos desenvolvidos através da estruturação social vinculada ao sexo que Foucault (2014 [1984]) chama de biopoder (e que vem a ser fundamental para o desenvolvimento das pesquisas sobre gênero e sexo de Butler).

Weigert (2017) explica que entre os séculos XII e XIII o controle político do corpo social da Igreja estava fundido ao Estado e os tribunais eram os tribunais da Inquisição, em que necessariamente a mulher é pensada como um demônio, portanto, estudadas em seus comportamentos delitivos pelas teorias demonológicas, cujos mistérios e segredos, desde a vinculação à imagem da bruxa em cozinhar, ter conhecimento herbal de remédios (vinculados ao paganismo e que implicaram na remoção das mulheres como identificadas com as práticas médicas, hoje nobres), perda sanguínea menstrual, conhecimentos sobre reprodução, *et cætera*, deveriam ser tidos com cautela, posto oferecimento de risco e perigo gerado pela estranheza feminina.

Temia-se o que não se conhece/compreende, logo, deriva-se a necessidade de controle¹⁴, controle inclusive exercido pela diminuição de suas faculdades mentais (não sem motivos – referendados pela “ciência” - a desqualificação da mulher pela loucura é ainda cotidiana), vinculados às características da fala (grito, fofoca, e afins, construídos como valores pejorativos em equivalência ao feminino e posteriormente relacionados à histeria freudiana), que implica que a facilidade de expor também expõe o que não é para ser exposto dentro da ordem política realizada, daí a necessidade de controle e sua diminuição e taxatividade com a “loucura”, com o escopo de desqualificação da mulher na condição de sujeito racional¹⁵.

a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que la selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones. A ello obedecen las características comunes de los prisionizados, que pueden ser clasificados según los prejuicios que determinaron su selección.” (ZAFFARONI, 2001, p. 66).

¹⁴ Mary Del Priore (2011, l. 294 e 313) explica que o controle dos corpos femininos também ocorria no Brasil Colônia, exercido pela Igreja, que via perigo na beleza e sexualidade da mulher, reprimindo a vaidade feminina (que, para os pregadores, visava a sedução dos homens, sendo um veículo de perdição para eles, naturalizado na ideia de que a mulher é velha amiga da serpente) e fustigando o corpo feminino, o relacionando ao pecado e às forças diabólicas da teologia cristã.

¹⁵ Disto considerado, compreensível a ordem de tratamento da mulher ainda vigente em sua diminuição de autoridade em local de fala e de ser ouvida e respeitada como tal em seus posicionamentos.

Implicou-se o controle da mulher pela violência (caça às bruxas) por não estar dentro do padrão comportamental esperado, que se consolida na vinculação a sua sexualidade (é a partir de sua condição de mulher que se relaciona suas transgressões) que equivale a dizer que tal sexualidade implica em seu desvio e nas práticas desviantes, necessariamente equivalendo o delito ao pecado.

No *Malleus Maleficarum* (2016 [1486/7]) as “bruxas” pagam seus crimes – todos eles - com suas próprias vidas, num ritual de expiação da alma deste pecado/delito do exercício de controle da sexualidade. O que legitima a punição pela normatização do comportamento feminino porque elas são relacionadas ao demônio, logo, exercem risco ao poder político exercido pela fé, devendo ser oprimidas em suas potencialidades: devendo ser controladas.

Lombroso (1835-1909), já fora do período de Inquisição, herda, por assim dizer, uma sociedade estruturada e está inserido num contexto em que as explicações devem ser referendadas pela ciência, que eram necessárias também a fim de explicar as humanidades. Através da metodologia da empiria traz ao estudo do crime – aqui já como um ente jurídico e não como heresia - e suas variáveis criando o chamado paradigma etiológico (*ethos*: causas, origens), objetivando descobrir as origens da delinquência (WEIGERT, 2017).

Conjuntamente a seu genro, Guglielmo Ferrero, em *La Donna Delinquente: La Prostituta e La Donna Normale* (1903), revelam, em leitura atual, a percepção de seu tempo sobre a mulher - que perdura moralizante e moralizada até nossos dias -, diferenciando a “normal” da “prostituta” (já no título, equivalendo esta à condição de delinquência, da conduta desviante) diz que a mulher tem como capital de si o capital sexual, uma vez que a virgindade é valorizada e define as mulheres entre “decentes” e “promíscuas”. Estas últimas não souberam capitalizar seu corpo e a elas, cabe a pecha de “mulheres prostitutas” (LOMBROSO; FERRERO, 1903, p. 211-260); a delinquência entre homens é superior à feminina, mesmo porque, justificam, a delinquência da mulher está no corpo (LOMBROSO; FERRERO, 1903, p. IX), o que, numa análise feminista da colocação, evidencia que ao fim e ao cabo a tutela penal proibitiva do aborto vem como punição social à mulher “promíscua” (e em “promíscua” cabe muita significação): pune-se pelo corpo o desvio desse corpo a obrigando a ter uma gestação (e criar a criança como prova) ou utiliza-se o sistema criminal para evidenciar seu caráter “criminoso e ardil” ao tentar ocultar a gravidez. O corpo é sempre a prova do crime de ser mulher.

Zaffaroni ensina que a falha em Lombroso estava nas explicações, uma vez que ele confundiu as causas da criminalização com as causas do delito. Quanto às mulheres, reporta que as poucas presas tinham características virilizadas, mas não por tal seriam anormais: a partir da observação de Lombroso, Zaffaroni percebe que se deduz apenas que o poder punitivo de seu tempo selecionava as mulheres que implicavam no estereótipo das mulheres virilizadas como desviado de seu papel de mulheres submissas e domésticas. Reporta ainda que também não era verdade que a prostituição fosse equivalente à prisão, no que se refere a uma maneira de manter as mulheres subordinadas, escravizadas como mercadoria de um homem que a aluga por período determinado, senão uma situação de servidão que torna desnecessária a intervenção controladora do poder punitivo sobre ela (ainda que a diferencie da “*donna normale*”). É a manifestação máxima do patriarcado que o sistema penal reforça, para delegar e salvar o esforço de controle sobre metade da população, como resultado da grande privatização, no sentido de zelar por interesses privados e não públicos, do poder punitivo, anterior em muitos séculos às recentes iniciativas de privatização da segurança (ZAFFARONI, 2001, p. 67-68)¹⁶.

Ainda assim, o que levou o legislador de 1940 a tratar o aborto como crime são fatores socioculturais compreensíveis pelo relativismo cultural, diante do tempo em que se impôs em vigência tal legislação, tendo trabalhado, para o período, em regime de razoabilidade ao estipular hipóteses de não incidência da punibilidade - ainda que deixando muito claro que a prioridade seria o feto. Porém, a realidade social provocada com tal legislação implica em questões pouco abordadas ou que não ficam claras com a mera leitura legal. O que se questiona hodiernamente é o anacronismo da manutenção em vigência de um instituto normativo que tem sido abolido nas democracias mais desenvolvidas (pelas razões que trataremos neste trabalho) desde a década de 1970. Ainda que considerado os anos de chumbo do período de ditadura militar, o Brasil é declaradamente democrático há trinta anos.

¹⁶ No original em espanhol: “*En cuanto a la mujer, era cierto que las pocas presas que había en aquel momento tenían características virilizadas, pero no que las mujeres delincuentes fueran anormales: de su observación, lo que se deduce es sólo que el poder punitivo de su tiempo seleccionava mujeres conforme al estereotipo de la mujer virilizada como desviada de su cometido de hembra sumisa y doméstica. Tampoco era verdad que la prostitución fuera un equivalente de la prisionización: una forma de mantener subordinada a la mujer, esclavizada como mercancía de un hombre que la alquila. Esa situación de servidumbre hace innecesaria la intervención controladora del poder punitivo sobre ella. Es la máxima manifestación del patriarcado que el sistema penal refuerza para delegar y ahorrarse el esfuerzo controlador sobre la mitad de población. Es el resultado de la gran privatización del poder punitivo, anterior en muchos siglos a las iniciativas recientes de privatización de la seguridad.*” (ZAFFARONI, 2001, p. 67-68)

Pesquisa divulgada no II Plano Nacional de Políticas Para as Mulheres (2008, p. 75)¹⁷ já manifestava o problema pelas bases do tratamento como questão de saúde pública, assim o reconhecendo, ciente de que o Brasil pratica o aborto ilegal.

No Brasil, o abortamento representa um grave problema de saúde pública. Quando realizado em condições de risco, frequentemente é acompanhado de complicações severas. As complicações imediatas mais frequentes são: a perfuração do útero, a hemorragia e a infecção, que podem levar a graus distintos de morbidade e mortalidade. Pesquisa desenvolvida estima que 20% dos abortos clandestinos realizados por profissional médico em clínicas e 50% dos abortos domiciliares, realizados pela própria mulher ou por curiosas, apresentam complicações. [...] Em 2006, foram realizados 2067 abortos legais, previstos no artigo 128 do Código Penal Brasileiro que permite a realização do procedimento nos casos de risco de vida para a mulher e de gravidez resultante de estupro. *No mesmo ano, no Sistema Único de Saúde, foram realizadas 222.840 curetagens pós-aborto, das quais 37 resultaram em óbitos maternos. [grifo nosso]*

Há que se dizer que percepção equivalente já havia sido manifestada anteriormente, no documento base intitulado de *Contribuição da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres Para as Conferências Estaduais* (2004), realizado no I Plano Nacional de Políticas Para as Mulheres em 2004, que manifestava sobre o tema, já transversalmente considerando fatores de raça e socioeconômicos, basicamente que

As principais causas de mortalidade materna são hemorragias, hipertensão, infecções puerperais, doenças do aparelho circulatório complicadas pela gestação, parto, puerpério e aborto. Supõe-se que, em 92% dos casos, estes óbitos poderiam ser evitados. As dificuldades de acesso aos serviços de atendimento ginecológico e obstétrico são maiores para as mulheres negras: são constatadas diferenças relacionadas com número de exames ginecológicos, consultas pré-natal e até mesmo com a proporção de parturientes que receberam ou não anestesia, com nítidas desvantagens para as mulheres negras. [...] O aborto no Brasil continua sendo um problema de direito individual e de direito social. A prática do aborto é crime e as mulheres não têm o direito de escolha sobre a interrupção da gravidez, excetuando-se as situações em que há risco de vida para a gestante ou quando a gravidez resulta do crime de estupro. Porém, mesmo nos casos previstos por lei, as mulheres enfrentam a interferência e a pressão de setores conservadores e têm que recorrer à justiça para fazer valer os seus direitos. Calcula-se que cerca de 1,2 milhão de abortos são feitos por ano no país, causando 9% das mortes maternas e 25% das esterilidades ainda respondem pela quinta causa de internações hospitalares, com 250 mil casos de complicações. Apesar de legalmente previsto, até 2002 apenas 46 serviços 28 em todo o país realizavam esse tipo de atendimento. (2004, p. 26-28)

É importante ainda descortinar o que implica na prática tal normatividade restritiva, e a dificuldade que as mulheres que buscam o aborto legal no Brasil enfrentam. Apesar da

¹⁷ II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em < http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf > Acesso em 01 de Maio de 2018.

previsão legal genérica, não há um protocolo sobre como proceder em casos como tais – sobretudo em caso de estupro, uma vez que, quando se trata de risco à vida da mulher e anencefalia, em regra as mulheres nesta posição já estão amparadas por serviços de saúde dadas as especiais naturezas médicas dos casos. Desde 2005 há uma nota de recomendação do Ministério da Saúde, reeditada em 2011 e que ganhou recomendação de lei em 2013, para que, nos casos de estupro não haja a necessidade de haver um boletim de ocorrência – o que quer dizer que a mulher estuprada pode – e deve, pela urgência e demais medidas de profilaxia – buscar em primeira mão centros de saúde. Foi o reconhecimento indireto de que o aborto é assunto de saúde pública e não de polícia.

O Ministério da Saúde, até 2016, dizia que toda a linha do Sistema Único de Saúde (SUS) que ofereça serviços obstétricos e ginecológicos está autorizada a realizar o aborto legal, mas há um profundo desconhecimento por parte dos agentes, e estes ainda podem alegar objeção de consciência para não realizar o procedimento.

A objeção de consciência é um dispositivo normativo de códigos profissionais e de políticas públicas que visa proteger a integridade de pessoas envolvidas em uma situação de conflito moral. Em um conflito entre deveres públicos e direitos individuais, esse dispositivo é acionado para proteger a moral privada do indivíduo, como no caso do médico que declara objeção de consciência para não atender uma mulher que deseja abortar legalmente. Em nome de convicções individuais, esse dispositivo protegeria o sentimento de integridade moral do médico, ao autorizá-lo a não participar de um procedimento que acredita ser moralmente errado, embora legal. [...] O médico pode alegar objeção de consciência diante de uma situação concreta de pedido de aborto por uma mulher, desde que não o faça por desconfiança quanto ao estupro, por exemplo, mas estritamente por razões de sua moral privada, como é o caso das crenças religiosas. Não cabe ao médico ou à equipe de saúde o julgamento sobre a narrativa do estupro, e o boletim de ocorrência policial nem sequer é necessário, pois há “presunção de veracidade na palavra da mulher”. Ao alegar a objeção de consciência, o médico solicita a recusa em cumprir com seu dever. A mulher é atendida por outro médico, encaminhada a outro serviço ou, em casos extremos, pode ficar sem assistência. As normas técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência se existir risco de morte, se não houver outro médico ou se a omissão médica causar danos à mulher, mas casos concretos mostram o descumprimento desses critérios normativos. (DINIZ, 2011, p. 982)

Em tese, existem 68 estabelecimentos referenciais que o realizam, cujos nomes não são divulgados sob a alegação de segurança. Entre os anos de 2013 e 2015 estudou-se nacionalmente os serviços de aborto legal no Brasil, por Alberto Pereira Madeiro e Debora Diniz (2016), manifestando que inicialmente, ainda que existentes no Código Penal as excludentes desde a década de 1940, o acesso aos serviços de saúde não foi regulamentado por quase 50 (cinquenta) anos. A nível municipal, em 1989, São Paulo capital implantou o

primeiro serviço de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual no Hospital Municipal Artur Ribeiro de Saboya (“Hospital do Jabaquara”)¹⁸. Na ocasião, para ter acesso ao serviço havia a necessidade de apresentação de Boletim de Ocorrência e laudo pericial do Instituto Médico Legal (IML). Em 1999 a regulamentação alcançou nível nacional, através da norma técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra as Mulheres e Adolescentes, que foi atualizada nos anos de 2005 e 2011 a fim de isentar a necessidade de apresentar boletim de ocorrência ou laudo do IML, sendo a partir de então necessário tão somente a manifestação escrita da mulher, oficialmente declarado pelo Ministério da Saúde que haviam 60 (sessenta) serviços disponíveis (MADEIRO; DINIZ, 2016, p. 564).

Entretanto, constatou-se significativa ignorância por parte dos médicos em relação ao procedimento, caracterizada por dúvidas e estigmatizações, que alega objeção de consciência para impossibilitar o exercício do direito das mulheres que precisassem fazer uso de tal. Ainda, reporta que no ano de 2005 foram realizadas duas pesquisas quanto ao atendimento nos serviços públicos a mulheres vítimas de violência sexual:

A primeira delas avaliou 56 hospitais listados como serviços especializados para a interrupção da gravidez prevista em lei. Os dados mostraram que somente 37 deles estavam capacitados para o aborto legal, que 5 nunca tinham realizado esse procedimento e que, em 6 estados, não havia serviço estruturado. Além disso, 70% dos atendimentos ocorreram na região Sudeste, cujos serviços receberam encaminhamentos de todas as regiões do país¹⁴. O segundo estudo, que entrevistou gestores e profissionais de 1.395 estabelecimentos de saúde que prestavam atendimento às mulheres vítimas da violência sexual, mostrou que apenas 12% dos serviços haviam realizado pelo menos um aborto, 53% ofertavam anticoncepção de emergência e 45% ofereciam profilaxia contra HIV. [A partir de 2012, nos casos de anencefalia, também abarcados] O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.989, de 10 de maio de 2012, estabeleceu os critérios para a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo: “duas fotografias, identificadas e datadas, uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico. (MADEIRO; DINIZ, 2016, p. 564)

¹⁸ Em notícia de Fevereiro de 2018, reporta-se que os serviços de aborto legal do hospital foram encerrados pela gestão do prefeito João Doria (PSDB): “*O serviço de aborto legal do Hospital Municipal Arthur Ribeiro Saboya, conhecido como Hospital Jabaquara, na zona sul de São Paulo, foi desativado pela gestão do prefeito João Doria (PSDB) há pelo menos cinco meses. A secretaria municipal de Saúde alega aposentadoria dos profissionais que atuavam na equipe responsável para justificar o encerramento das atividades, mas há suspeitas de que se trata de uma decisão política, e que coloca em risco a vida das mulheres. ‘Uma mulher com melhor situação financeira consegue um aborto. O problema é que esse atendimento era voltado para as pessoas que não têm condições de pagar um aborto seguro’, afirmou a conselheira de Saúde Ana Rosa Costa à repórter Michelle Gomes, para o Seu Jornal, da TVT. Inaugurado em 1989, durante a gestão da prefeita Luiza Erundina, o serviço do aborto legal no Hospital Jabaquara foi o primeiro no Brasil e na América Latina, e rapidamente se tornou referência.[...]*” Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/01/gestao-doria-desativa-servico-de-aborto-legal-do-hospital-jabaquara/> >. Acesso em 10 de Maio de 2018.

Quanto ao perfil dos serviços prestados, foi apurado 68 serviços, dos quais 37 efetivamente funcionavam e realizavam interrupção de gravidez por estupro, 27 por risco de morte e 30 por anencefalia. Dois destes 37 hospitais, em gestações acima de 14 semanas, encaminhavam o caso para outro serviço. No que se refere aos serviços inativos, 28 deixaram de prestar o serviço, e 4 nunca o realizaram de fato. Quanto aos 37 em atividade, 29 foram implementados até 2005, e 8 estruturados após a data. Geograficamente, no Brasil, são distribuídos em 20 (vinte) Estados (5 na região Norte, 11 no Nordeste, 3 no Centro-Oeste, 6 no Sul e 12 no Sudeste); mas em 7 Estados não há serviço ativo (1 na região Sul, 1 no Centro-Oeste, 2 no Nordeste e 3 no Norte). Apenas em 6 Estados há mais de 1 serviço, e em 4 deles existem serviços localizados fora das capitais (8 cidades). Das 37 instituições que efetivamente funcionam e realizam o procedimento, informam possuir equipe especializada (médico, enfermeiro, psicólogo e assistente social) no atendimento às mulheres vítimas de violência sexual; não obstante, em 35 não havia equipe específica, e o atendimento é realizado por plantonistas (MADEIRO; DINIZ, 2016, p. 566).

Sobre o atendimento inicial às vítimas de violência sexual, 35 (95%) dos 37 serviços ativos ofertavam anticoncepção de emergência, 33 (89%) prescreviam profilaxia para DST não virais e 34 (92%) realizavam profilaxia das DST virais. A coleta de material para possível identificação do agressor é feita em somente 2 serviços. Para a interrupção da gravidez por estupro, houve relato de solicitação de autorização por escrito da mulher em 34 serviços (34/92%), BO (5/14%), laudo do IML (3/8%), alvará judicial (3/8%), parecer do Comitê de Ética institucional (4/11%) e, ainda, despacho do Ministério Público (3/8%). Em caso de anencefalia, 2 (6%) serviços ainda requeriam o alvará judicial como condição para a interrupção da gravidez. Os serviços em atividade informaram que foram atendidas 5.075 mulheres em busca do aborto legal e, desse total, 2.442 realizaram a interrupção da gravidez. O primeiro serviço foi criado em 1994 e o mais recente em 2014. Chama a atenção o fato de que 15 serviços realizaram menos que 10 procedimentos nos últimos 10 anos, sendo 4 deles localizados em capitais e os únicos da região. Os métodos disponíveis nos serviços para a interrupção da gravidez foram curetagem uterina (89%), uso de medicamentos (97%), aspiração manual intrauterina (86%) e aspiração elétrica (3%). (MADEIRO; DINIZ, 2016, p. 566)

Quanto ao perfil das mulheres atendidas e de seus abortos realizados de forma legal, analisaram-se 1.283 prontuários em 5 serviços de cada região do país, sendo que em apenas um deles realizou-se 80% dos procedimentos. A faixa etária concentrou-se entre os 15 aos 29 anos (62%), solteiras (71%), escolarizadas até o ensino médio (37%) e católicas (43%), destacando-se que 38% delas ainda eram crianças e adolescentes, e 05 tinham menos de 10 anos. O motivo principal foi estupro (94%). Idade gestacional predominante entre 9 e 14 semanas (41%), acima de 20 semanas, considerou-se antecipação do parto por anencefalia

(5%); utilizou-se como método para o aborto aspiração manual intrauterina (45%) e do misoprostol (32%) (MADEIRO; DINIZ, 2016, p. 566).

A pesquisa conclui¹⁹ que apesar de previsto em lei, na prática o aborto legal é ínfimo, tanto por ignorância de seu procedimento como pela substancial ausência e ignorância das etapas e de instituições que o realizem.

Ainda em pesquisas relacionadas ao aborto no Brasil, em 2010 e em 2016 Debora Diniz (et al, 2017) realizou a PNA – Pesquisa Nacional de Aborto²⁰, para tentar revelar ou estimar com maior precisão a quantidade de abortos não amparados por excludentes que ocorrem no Brasil.

Utilizando-se de técnica de urna (para manter o sigilo real das respostas e a percepção de sigilo das participantes, reduzindo a possibilidade de respostas inverídicas), a fim de mapear os abortos realizados no país de modo a revelar esses números que ainda são aproximados, dada a condição de crime (além da questão moral) que envolve o tópico. O público, tanto em 2010 quanto em 2016, foram mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos nas áreas urbanas dos municípios, o que exclui, ainda que possível de projeção, índices das mulheres de áreas rurais. E o que se revelou foi o perfil predominante da mulher que aborta no Brasil: ela é religiosa, está no auge de seu período fértil, ainda que amadurecida, e já foi mãe anteriormente. Foram entrevistadas 2.002 mulheres na pesquisa de 2016, e destas 13% (251) já fizeram ao menos um aborto, proporção semelhante à PNA 2010, que ficou em 15%.

Os pesquisadores explicam que, como a pergunta é sobre realizar aborto ao longo da vida, as taxas tendem a ser maiores entre mulheres mais velhas. Na faixa etária de 35 a 39 anos, aproximadamente 18% das mulheres já abortou. Entre as de 38 e 39 anos a taxa sobe a quase 19%. A predição por regressão linear das taxas de aborto pelas idades é de que a taxa a 40 anos é de cerca de 19%. Por aproximação é possível dizer que, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres já fez aborto (1 em cada 5,4). Por ser evento cumulativo não é possível dizer que o aborto era mais comum no passado a partir desses dados, aponta-se na direção de uma razoável estabilidade quando se consideram os efeitos de movimentação das coortes ao longo dos seis anos entre as duas PNA. A maior parte das variações nas taxas, segundo faixas quinquenais, pode ser associada a uma movimentação de

¹⁹ Relatório completo da pesquisa, com explicação metodológica da apuração de dados e demais informações disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf> >. Acesso em 10 de Maio de 2018.

²⁰ Relatório da pesquisa disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf> > Acesso em 08 de Janeiro de 2018.

coortes, isto é, à acumulação de abortos ao longo da vida reprodutiva. (DINIZ, et al, 2017, p. 655).

A maior parte dos abortos é realizado durante o período mais intenso de atividade reprodutiva das mulheres. Todavia, há uma frequência maior do último aborto entre as mulheres jovens, com 29% (73) dos abortos ocorrendo em idades que vão de 12 a 19 anos, 28% (70) dos 20 aos 24 anos, caindo para abaixo de 13% (32) a partir dos 25 anos. Padrão similar foi observado na PNA 2010. O que deve ser ressaltado é que esta informação refere-se ao último aborto e, portanto, pode ter algum viés para cima entre as mulheres que realizaram mais de um aborto e, mais importante, as taxas de não resposta nesta questão são altas nos dois levantamentos, 15% em 2010 e 18% em 2016. Cerca de 11% (27) dos abortos no Brasil foram realizados em 2015, o que equivale a dizer que 1% das mulheres da PNA 2016 abortou nesse ano. Os 89% (220) restantes foram realizados antes ou depois de 2015, ou em momento desconhecido, pois quatro mulheres que fizeram aborto não responderam à questão de data. A pergunta não foi feita na PNA 2010 e, portanto, não é possível comparação. Nos dados da PNAD 2014 o número de mulheres alfabetizadas de 18 a 39 anos em 27 de setembro de 2014 no Brasil urbano era de 30.845.065. Isso corresponde a 83% das mulheres do Brasil. Multiplicando pelas taxas de aborto obtidas na PNA 2016 (mais exatamente, 12,54% alguma vez e 1,35% em 2015), o número de mulheres urbanas alfabetizadas de 18 a 39 anos que, em 2014, já fez aborto ao menos uma vez seria de cerca de 3,9 milhões. Por aproximação, o número dessas mulheres que fez aborto em 2014 seria de 416 mil. (DINIZ, et al, 2017, p. 655)

Estima-se a partir das taxas de aborto de alfabetizadas urbanas (13%), o número de mulheres que, em 2016, já fez aborto ao menos uma vez, seria em torno de 4,7 milhões. Aplicando-se a taxa de aborto deste ano, o número de mulheres que o fizeram somente em 2015 seria de aproximadamente 503 mil. 48% dos casos válidos aborta usando medicamentos, sendo o principal medicamento o Misoprostol¹³, recomendado, inclusive, pela Organização Mundial da Saúde para a realização de abortos seguros. Cerca de metade das mulheres precisou ser internada para finalizar o aborto: 48% (115) das mulheres foram internadas no último aborto, implicando numa queda nas internações entre 2010 (55%) e 2016 (48%).

Dois terços (67%, 18) das mulheres que confirmaram ter abortado em 2015 (27) foram internadas para finalizar o aborto. Essa proporção difere da presumida em diferentes cenários usados para estimar o número anual de abortos por métodos indiretos, baseada no número oficial de mulheres internadas por complicações do aborto na rede pública, com aplicação de fatores de correção para se estimar o número de abortos induzidos.

Essas estimativas utilizam cenários em que 16%, 20% ou 28% das mulheres que abortaram necessitaram de hospitalização por complicações, multiplicando por 6, 5 ou 3,5 o número de internações por aborto. Os resultados das PNA 2010 e 2016 sugerem que esse fator deve ser mais próximo de um valor entre 1,3 e 2 do número total de internações, isto é, depois de corrigida a ausência de notificação da rede privada. A comparação das PNA corrobora a

hipótese de que a taxa de aborto permanece estável, mas as internações se tornaram menos frequentes (DINIZ, et al, 655-656)

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município. Não há nenhuma mudança expressiva entre 2010 e 2016. As taxas de aborto segundo características das mulheres são semelhantes nas duas PNA, especialmente quando se consideram as margens de erro amostrais. Isso é indicador de dois pontos. Primeiro, que os resultados são verossímeis e não um artefato da pesquisa em um determinado momento. Segundo, que a estrutura de determinantes sociais do aborto é estável, isto é, que os determinantes são características da população que pouco se alteram. O aborto pode estar associado a um evento reprodutivo individual, mas a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social. (DINIZ, et al, 656)

Há um receio – justificado – das mulheres que abortam no Brasil, através de métodos caseiros e *a priori* não amparadas pelas excludentes, em procurar serviços de saúde após o procedimento ou na eventualidade de alguma complicação intermitente. No Estado de São Paulo há 30 mulheres sendo processadas pelo crime de auto aborto (art. 124 do Código Penal), nos quais os denunciadores são os próprios médicos, violando regulamentação de sigilo do Conselho Federal de Medicina, no Código de Ética Médica, que expressamente veda a exposição do paciente a situação que possa lhe gerar processo penal, nos termos de seu art. 73, Parágrafo Único²¹.

Existiam 30 processos tramitando no Estado de São Paulo referentes ao auto aborto, que traça o perfil das mulheres processadas entre 16 e 41 anos, em regra solteira, desempregadas ou em subempregos, pobres na acepção legal, portanto, amparadas pela Defensoria Pública do Estado, que ajuizou Habeas Corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo, que veio a reconhecer, em decisão da Desembargadora Kenarik Boujikian, pelo arquivamento dos processos por ilegalidade probatória, haja vista que os denunciadores foram profissionais da saúde que as atenderam em profilaxia. A desembargadora manifesta ainda

²¹ Em sua literalidade, no Código de Ética Médica:

“**Art. 73.** Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) **na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal**”. [grifo nosso]
Disponível em < <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual> >. Acesso em 22 de Abril de 2018.

que compreende pela inconstitucionalidade da tipificação, nos termos do HC 124.306/RJ, porém que penderia quanto ao mérito sobre tal, posto não haver maioria na corte²².

Na Argentina, que ainda mantém legislação proibitiva aproximada à brasileira²³ (mas que está em vias de modificação de tal, já aprovado pela Câmara, aguardando o posicionamento do Senado, que igualmente tende a aprovar a legalização do aborto) há caso semelhante de uma mulher que foi presa por denúncia do ginecologista que a atendeu após sofrer um aborto espontâneo e alegar que não sabia estar grávida, que mobilizou os setores progressistas em defesa da mesma (CENTENERA, 2016)²⁴. Neste país, cujo contexto sociocultural possui aproximação ao Brasil, no que se refere à democratização tardia (1983) após período ditatorial militar sangrento, igualmente enfrenta tentativas de discussão de descriminalizar/legalizar o aborto voluntário, fundamentados no fato de que a esfera legislativa constitui um espaço de produção de sentido sobre a subjetividade e os corpos, cuja legislação restritiva implica em campos de dominação e disputa para a imposição de papéis e práticas associadas à sexualidade e que impactam no exercício dos direitos reprodutivos, e naquilo que concerne às mulheres, sobre a autonomia corporal das mesmas (ZICAVO; ASTORINO; SAPOROSI, 2017, p. 1183-1197).

Tal implica que essas mulheres restam desamparadas mesmo em casos de aborto espontâneo e a inassistência em relação a uma necessidade de curetagem e demais cuidados médicos pode vir a causar enfermidades e complicações passíveis de morte.

Mesmo com todo o lastro numérico quanto a dados de que a legalização do aborto é uma medida socialmente adequada e redutora de mortes, como será tratado no item 1.1.2 deste, o Brasil continua violando convenções das quais é signatário por uma tacanheza e misoginia arraigada na legislação.

A preocupação da ala conservadora do cenário do Brasil de 2017 e 2018, esta que ganhou expressividade após o controverso impedimento da Presidenta Dilma Rousseff, em 2016, e que tem promovido retrocessos legais significativos e impopulares, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais individuais e sociais, após a sinalização vinda do Supremo

²² Disponível em <

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=76519&idPagina=3086>>. Acesso em 10 de Maio de 2018.

²³ Na Argentina existem, como no Brasil, hipóteses excludentes de ilicitude/punibilidade em casos de estupro e risco à vida da mãe. O que se tem constatado pelo teor das pesquisas é que existe um movimento católico com a presença de religiosos atuantes nas áreas de bioética em hospitais públicos que visam dissuadir as mulheres da decisão sobre o aborto, por questões religiosas e morais, ainda que amparadas legalmente (IRRAZABÁL, 2015).

²⁴ Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/03/internacional/1470254990_736474.html > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

Tribunal Federal (aprofundado no tópico 3.1.2 desta pesquisa, em relação ao HC 124.306/RJ) tendente a desconsiderar o aborto como crime até a 12^a semana de gestação, em razão da oportunidade interpretativa, haja vista não haver limitação legal estabelecida quanto aos marcos iniciais da vida, *a priori* (será discutido adiante, no item 3.1).

Diante dessa decisão, foi acelerada a tramitação da proposta o Projeto de Emenda Constitucional 181/2015, de autoria do ora Senador Aécio Neves (PSDB/MG) que inicialmente prevê a ampliação da licença maternidade em casos de bebês prematuros, mas que teve duas substituições realizadas no texto pelo ora Deputado Jorge Tadeu Mudalen (DEM/SP), que virtualmente seriam aptas a vedar constitucionalmente e tornar a obstrução do acesso ao aborto legal matéria de direitos fundamentais (contrariando explicitamente a Convenção de Belém do Pará, a qual o Brasil é signatário), daí a alcunha de “Cavalo de Troia”, inserindo no *caput* do art. 5º da Constituição da República a expressão “*inviolabilidade do direito à vida desde à concepção*” [grifo nosso], bem como no art. 1º, inc. III, ao tratar dos fundamentos da República, passar a constar “*dignidade da pessoa humana desde a concepção*” [grifo nosso]²⁵, estabelecendo um marco inicial constitucional protetivo e tornando as previsões de excludente de ilicitude do Código Penal (previstas desde 1940) não recepcionadas pela Emenda.

Declaram os deputados interessados na alteração simplisticamente que há vida desde a concepção, sem recorrer a explicações mais aprofundadas do questionamento filosófico que implica discutir o conceito de vida. Por trás das respostas simples se escondem as intenções não visualizadas no argumento de fácil acesso da proteção e evitação do aborto das outras e a ignorância da realidade fática do controle dos corpos dessas mulheres: se não aceitarem gestar o filho de seus estupradores, deverão correr os riscos da cadeia ou da morte, e àquelas hoje mais protegidas pela lei penal em vigência, que são as menores que sofrem abusos domésticos e silenciam por medo e ignorância até a descoberta através da gestação incestuosa, não restará saída senão a marginalidade legal de seus atos, implicando na segregação social compulsória, como se faz ao gerir os “indesejados”.

Essa resposta conservadora a partir de agentes políticos brasileiros é uma tendência que ganha autofalante a partir da equivalência da pauta feminista (como demais causas

²⁵ Significativo simbolicamente a manifestação do ora ocupante da cadeira da Presidência da República, Michel Temer, que após promover a saída da primeira Presidenta eleita (e reeleita), diz que “*a vida do nascituro deve prevalecer sobre o desejo da gestante*”, evidenciando que valora muito mais uma expectativa de vida do que a vida e uma pessoa sujeito de direitos e com personalidade jurídica. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacollucci/2017/04/1872896-vida-do-nascituro-deve-prevalecer-sobre-desejo-da-gestante-diz-temer.shtml?loggedpaywall>> Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

progressistas) com as pautas da esquerda (esta que sofre por uma crise identitária após escândalos de corrupção envolvendo o Partido dos Trabalhadores [PT], no Brasil, mas também uma crise generalizada global com o avanço das pautas reacionárias), e serve de plataforma política e moeda de troca para que estes sujeitos alcancem projeção nesse cenário e se vinculem a uma orientação “pró vida” que tem demonstrado uma recepção popular positiva por inúmeros fatores – desde a crise de representatividade na política tradicional a um cenário econômico deficitário, bem como construções de senso comum arraigadas no imaginário e amplamente exploradas em mídias *online* de *clickbait*. O tema também tende a tirar o foco de assuntos relativos a cortes em programas sociais e um caos administrativo de convivência e vinculação à corrupção que afetam estes mesmos agentes.

Como já dito, quando há crises de representatividade, os direitos fundamentais das minorias passam a ser negociados no balcão de direitos dispostos, e o corpo das mulheres passa a ser objeto dessa disposição, que argumentam uma defesa da “vida” em potencial em abstrato como sujeito de direitos, e relegam a segundo plano uma pessoa humana real – a mulher – e sujeita de direito efetivamente.

“Vida” tem-se tornado um conceito lábil, um “signo instável”, em termos de Bakhtin (1981), no qual, à sombra de uma correspondência biunívoca entre o significante e o significado, encontram-se múltiplos sentidos. Apenas o contexto e o enunciador outorgam valor ao termo. No entanto, a luta pela “hegemonia” de um significado sobre outro, ou pela legitimidade da enunciação (pela definição do enunciador adequado), provoca contradições e ambiguidades dentro de uma mesma peça discursiva. Bourdieu (1985) afirma que o discurso sobre o objeto fala mais da relação do autor com o objeto do que do objeto em si. Aparentemente, a “vida”, tal como aparece nos discursos dos ativistas conservadores religiosos, implica a reprodução biológica por meio da família monogâmica heterossexual, e, a partir daí, é construído o edifício moral que permitirá a perpetuação dessa ordem social. [...] A sacralização da vida refere mais a uma potencialidade do que à vida humana concreta. A vida contida no *zef*^{26]} é sagrada pelas possibilidades que encerra, não pelo que é. A vida encarnada num adolescente pobre e ladrão não é alvo da mesma preocupação, pois é uma vida concreta que apenas contém seu presente. Daí ser possível pensar que, para os ativistas conservadores religiosos – católicos e neopentecostais – e não religiosos, a vida é a *vida nua*. (ROSTAGNOL, 2016, p. 225-226) [grifos da autora]

Diante dessas circunstâncias, o Judiciário passa a ser um espaço para a possibilidade de discussão do tema no formato que se desenha neste, ou ainda, como expressa Debora Diniz e Anna Cristina G. Vélez (2008, p. 649), que num contexto de pouca cultura e tradição democrática “*a Suprema Corte assume um papel ainda mais preponderante para garantir não apenas a secularização do Estado, mas principalmente que o confronto argumentativo*

²⁶ De acordo com a autora, *zef* como abreviação de zigoto, embrião e feto.

dar-se-á em bases defensáveis e fundamentado na razão pública laica”. Tal tem sido demonstrado em tendência contramajoritária e sinalizado no sentido de compreensão da constitucionalidade da interrupção da gestação, como será aprofundado no Capítulo 3 deste trabalho, mesmo que de modo parcimonioso.

1.1.2 Aborto na Legislação Estrangeira

Abortar voluntariamente é comum²⁷. A variação como o tratamento jurídico dado em relação ao aborto é que revela comportamento incomum: em plano global tende-se a concentrar uma legislação permissiva – e regulamentada, portanto delimitada, ainda que não impondo uma justificativa legal (como estupro ou saúde física) - em países considerados mais “avançados” social e/ou economicamente (União Europeia, Estados Unidos, Canadá, exemplificativamente em rol não extensivo), concentrados no hemisfério norte, e que tendem a ter uma relação de laicidade governamental mais significativa (Portugal, Espanha e Itália são exceções diante desse contexto).

No hemisfério sul tende a concentrar países que consideram a prática criminosa, mas cujas legislações toleram exceções pontualmente previstas – em regra nos casos de estupro, enfermidade materna (psicológica e/ou física), inviabilidade fetal e impossibilidade económica. Excepcionalmente, quatro países (informados) vetam em qualquer hipótese (República Dominicana, El Salvador²⁸, Nicarágua e Irlanda). No Mapa 1 sequencialmente, é

²⁷ De acordo com a Organização Mundial de Saúde em parceria com o Instituto Guttmacher, com dados globais colhidos entre 2010 e 2014, 25% das gestações são abortadas – 1 a cada 4. Destas, 45% são realizadas de modo inseguro (sem acompanhamento de profissional da saúde e com riscos de complicações), em sua vasta maioria nos países em desenvolvimento que contam com regime jurídico restritivo em relação ao aborto. Disponível em < <https://www.vix.com/pt/bdm/saude/73-das-mulheres-que-abortam-sao-casadas-novos-dados-da-oms-sobre-tema-saosurpreendentes> > ; < <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/quase-metade-dos-abortos-feitos-no-mundo-entre-2010-e-2014-foram-inseguros-diz-oms.ghtml> > ; < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5508:cerca-de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&Itemid=820 > ; < <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/09/27/proibicao-nao-reduziu-abortos-constata-a-oms.htm> > ; < <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,proibir-aborto-nao-reduz-numero-de-ocorrencias-diz-oms,70002018731> > ; < <https://www.dn.pt/sociedade/interior/uma-em-cada-quatro-gravidezes-termina-em-aborto-5170752.html> > Acesso em 07 de Janeiro de 2018.

²⁸ Em El Salvador, mulheres são presas por abortos espontâneos, em razão da obrigatoriedade aos médicos de que reportem às autoridades casos que cheguem até eles. No Brasil, mesmo havendo dever de sigilo, os poucos processos abertos são denúncias provenientes de profissionais de saúde, fato que afasta muitas mulheres de buscarem cuidados médicos após o procedimento caseiro e agrava-se em riscos de infecções e mortes. Disponível em < <https://estilo.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2017/12/05/passei-quase-cinco-anos-presa-por-um-aborto-espontaneo.htm> >; < <https://anistia.org.br/noticias/el-salvador-tribunal-nega-libertacao-da-mulher-presa-injustamente-apos-sofrer-um-aborto-espontaneo/> >; < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131021_aborto_el_salvador_an > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

possível ter uma visão global do comportamento legislativo em relação ao tema, e no Mapa 2 a ênfase é dada na América Latina, em razão da identidade cultural desta se aproximar com a brasileira.

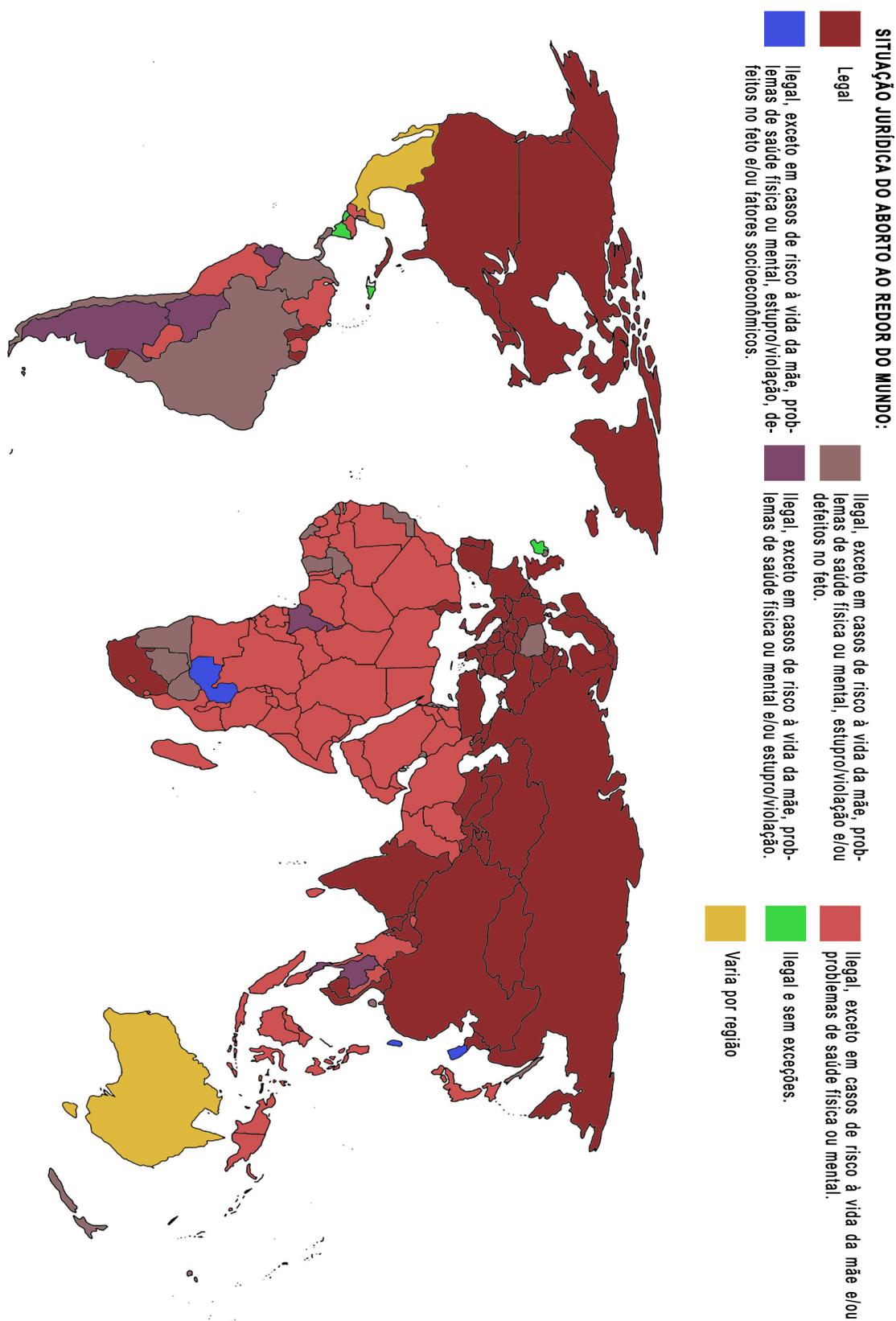
De acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) colhidos entre 2010 e 2014, a proibição legal do aborto não reduz a quantidade de abortos realizados – tão somente impede o acesso às mulheres a serviços adequados.

Em todo o mundo, 25 milhões de abortos não seguros (45% de todos os abortos) ocorreram anualmente entre 2010 e 2014, segundo novo estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Instituto Guttmacher [...]. A maioria dos abortos não seguros, ou 97%, ocorreu em países em desenvolvimento na África, Ásia e América Latina. [...]. Quando os abortos são realizados em conformidade com as diretrizes e normas da OMS, o risco de complicações graves ou morte é insignificante. De 2010 a 2014, aproximadamente 55% de todos os abortos foram realizados de forma segura, ou seja, foram realizados por trabalhadores de saúde qualificados, usando um método recomendado pela OMS apropriado para a duração da gravidez. [...] 31% dos abortos foram considerados "menos seguros", ou seja, executados por profissionais qualificados com um método não seguro ou defasado, como a "curetagem uterina", ou por uma pessoa não qualificada, embora usando um método seguro como misoprostol. [...] 14% dos abortos foram "nada seguros", ou seja, realizados por pessoas que usavam métodos perigosos, como a introdução de objetos estranhos e o uso de misturas de ervas. O número de mortes por complicações do aborto não seguro foi elevado em regiões onde a maioria desses procedimentos ocorreram em circunstâncias nada seguras. (OMS BRASIL, 2017)²⁹

Explica ainda a pesquisa que as complicações derivadas de abortos "nada seguros" incluem aborto incompleto (que acontece quando não se retira do útero todo o tecido da gravidez), hemorragia, lesões vaginal, cervical e uterina, além de infecções, possíveis de agravamento.

Foram analisados no estudo os contextos que geralmente propiciam a busca por abortos não seguros, incluindo-se legislação e políticas públicas, custo financeiro, a disponibilidade de serviços de aborto seguro e de profissionais de saúde qualificados, além das atitudes sociais em relação ao aborto e à igualdade de gênero. Revelou-se que nos países em que a legislação é mais restritiva, ou seja, onde o aborto é completamente proibido ou permitido apenas para salvar a vida da mulher ou preservar sua saúde física, apenas um em cada quatro abortos foi seguro; em contraponto, nos países onde o aborto é legal em cenários mais amplos, quase 9 em 10 abortos foram realizados com segurança, concluindo-se que a restrição ao acesso desses serviços não reduz o número de abortos.

²⁹ Disponível em < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5508:cerca-de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&Itemid=820 > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.



Mapa 1 – Situação Jurídica do Aborto ao Redor do Mundo (Fonte Informe da ONU sobre o Aborto no Mundo [2011] modificado. < http://www.esquerdadiario.com.br/local/cache-vignettes/L609xH493/aborto_mundo-3-bd84e.jpg?1497454628 > Acesso em 03 de Outubro de 2017)

O ABORTO NA AMÉRICA LATINA



Mapa 2 – O aborto na América Latina (Fonte: FolhaPress. Modificado, incluindo o Chile devido à recente alteração legislativa nesse sentido < http://www.esquerdadiario.com.br/local/cache-vignettes/L653xH628/aborto_am_latina-2-94869.jpg?1497454628 > Acesso em 03 de Outubro de 2017)

Por se tratar de uma pesquisa global, observou-se que a maioria dos abortos ocorridos na Europa Ocidental e Setentrional, bem como na América do Norte, foram seguros, ainda, consideram-se fatores contributivos para o procedimento do aborto ser seguro nas regiões que concentram menores taxas de aborto somadas a leis relativamente permissivas sobre o tema, os seguintes pontos tangentes às políticas públicas de conscientização: (a) altos níveis de uso de anticoncepcionais, desenvolvimento econômico e igualdade de gênero; e (b) serviços de saúde de alta qualidade.

Por outro lado, exceto pela China em que as proporções de aborto seguro se mantiveram em equivalência à europeia, no resto do continente asiático menos de um a cada dois abortos foram seguros. Fora da África Austral, menos de um em cada quatro abortos foram executados de forma segura. Dos abortos não seguros, a maioria foi caracterizado como "nada seguro". Por sua vez, na América Latina, apenas um em cada quatro abortos foram seguros, embora a maioria fosse categorizada como "menos seguro", uma vez que é cada vez mais comum que as mulheres da região obtenham e auto administrem medicamentos como o misoprostol (o popular "citotec") fora dos sistemas formais de saúde, o que contribui para a redução de mortes, no entanto, esse tipo de automedicação feita pelas mulheres secretamente não atende aos padrões de aborto seguro da OMS³⁰.

A pesquisa evidencia que contrariamente ao que se argumenta quando se pleiteia a criminalização do aborto (ou manutenção da legislação proibitiva em todos os seus níveis) - de que haverá uma procura incontrolável para o procedimento, acabando com a reprodução no país -, os índices obtidos nos países que legalizaram o procedimento são de uma diminuição de abortos e sobretudo queda abrupta de complicações e mortes maternas vinculadas ao procedimento, em regra fruto de políticas de conscientização e maior tráfego de informações bem como rede de suporte e apoio.

Em Portugal, onde a prática é legalizada desde 2007 e é possível a interrupção até a 10^a semana de gestação, o número global de abortos realizados caiu em 10%. De acordo com os dados da Direção Geral de Saúde (DGS) do país, publicados em 2017 e publicizado através da imprensa por conta dos 10 anos da vigência normativa, desde 2012 o número de mortes de mulheres que passam pelo procedimento está em zero. Antes da legalização, entre 2001 e

³⁰ Disponível em < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5508:cerca-de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&Itemid=820 > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

2007 (dados do jornal Expresso) houveram 14 mortes de mulheres em decorrência de procedimentos irregulares e que colocavam em risco a vida das gestantes³¹.

Na América do Sul o aborto é legalizado no Uruguai, que tem tido uma experiência bastante positiva, seguindo o padrão que se revela nos demais países que consideraram a prática possível. No primeiro ano de implementação da lei, as mortes de mulheres que se submeteram ao procedimento de forma segura atingiram zero³², e no segundo ano, houve aumento de desistência em realizar o procedimento em 30% dos casos³³, atribuídos à orientação psicossocial fornecida e às políticas de apoio e suporte dessas mães promovidas pelo Estado.

Susana Rostagnol (2016, p. 217-237), ao estudar os trâmites políticos e o ambiente que propiciou a aprovação da norma legalizadora do procedimento de aborto, pontua que o texto inicial da norma tinha os direitos das mulheres como tema central, no entanto as negociações para sua aprovação colocaram o enfoque no argumento de saúde pública, distanciando-se das demandas dos movimentos sociais feministas, o que implica em sentido estrito que a lei não legaliza o aborto, mas permite a interrupção da gravidez em certas circunstâncias e se submetida a algumas etapas (como acontece via de regra na Europa).

Para aceder ao procedimento, a mulher deve assinar um formulário de consentimento esclarecido, seguido de quatro consultas médicas: a) a primeira, com um clínico geral, ginecologista ou qualquer outro profissional da saúde; ele deve encaminhá-la para uma equipe interdisciplinar de assessoramento num prazo de até 24 horas; b) a segunda, com a equipe interdisciplinar integrada por um ginecologista, um profissional da área social e outro da área da saúde mental; nesta consulta, a mulher será informada sobre métodos para interromper a gravidez, riscos e alternativas para a maternidade, como a adoção; depois da consulta, a mulher terá cinco dias para refletir; c) após esses cinco dias, se a mulher mantiver

³¹ De acordo com a matéria: “Entre 2008 e 2012, nos quatro primeiros anos de vigência da IVG (Interrupção Voluntária da Gravidez), uma mulher morreu em um procedimento legal e, outra, em um ilegal. Desde então, não foi registrada nenhuma outra morte. O total de IVGs também vem caindo, apesar de um pico em 2011, ano em que Portugal foi mais atingido pela crise econômica. No primeiro ano de vigência da regulação, 18.607 mulheres interromperam a gravidez; em 2011, 19.921; em 2014, 16.180; em 2015, 15.873. Ou seja: entre 2008 e 2015, houve uma queda de 10% nos procedimentos em todo o país. Estimativas apontam que, antes da legalização, ocorriam, em média, 20 mil interrupções por ano. A legalização da IVG também fez aumentar o uso de métodos contraceptivos. Após realizarem o procedimento, 95,7% das mulheres em 2015 passaram a usá-los, contra 95,4% em 2014 e 94% em 2013. Segundo a DGS, a maior parte (mais de sete em cada dez) interrupções de gravidez foram realizadas no serviço público de saúde. De acordo com o órgão, se verificou ‘redução significativa tanto do número total de complicações como do número de complicações graves a partir de 2008’” (OPERAMUNDI, 2017). Disponível em < <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/geral/46362/nenhuma+mulher+morreu+nos+ultimos+5+anos+por+causa+de+aborto+em+portugal+onde+pratica+e+legal+desde+2007.shtml> > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

³² Disponível em <

<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/34136/uruguai+em+um+ano+6.676+abortos+seguros+foram+realizados+e+nenhuma+morte+registrada.shtml> > Acesso em 08 de Janeiro de 2018.

³³ Disponível em < <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-sobe-30,2e4163764976c410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html> > Acesso em 08 de Janeiro de 2018.

a determinação de interromper a gravidez, ela deverá comparecer à terceira consulta com o ginecologista, que procederá a iniciar a interrupção; d) a quarta consulta é posterior ao aborto e, com ela, busca-se realizar um monitoramento da situação da paciente e assessorá-la sobre os métodos anticoncepcionais. (ROSTAGNOL, 2016, p. 221)

Não obstante o tom de crítica da autora por ter a legislação original tomado um formato menos radical, seu formato segue o implementado (em linhas gerais) nos demais países que regulamentaram o aborto. Ainda assim, o resultado é positivo para a causa e aponta que as prerrogativas concedidas pela lei no sentido de permitir que as mulheres interrompam sua gravidez por decisão própria não implica que uma mulher contrária ao aborto por motivos morais, religiosos ou quaisquer que sejam deva interromper uma gravidez, haja vista que a lei defende o direito de decisão da mulher grávida, o que é particularmente relevante nos casos de adolescentes grávidas cuja família as pressionam pela interrupção, e as mesmas desejam levar adiante a gestação, situação na qual a lei resguarda e ampara a decisão da jovem em levar adiante a mesma, propiciando suporte (ROSTAGNOL, 2016, p. 223).

A experiência uruguaia na América Latina bem como nos demais países com legislação regulamentadora do aborto a todas as mulheres e não somente em excludentes pontuais, mostra que retirar a tutela da seara criminal, removendo o corpo da mulher como punição, e a considerando sujeito de cidadania, implica na redução dos índices de abortos bem como na mortalidade quase nula de mulheres que se sujeitam ao procedimento.

Se todos os dados apontam no sentido de que descriminalizar o aborto é uma tendência democrática e cidadã, resta descobrir o que impede um posicionamento do Estado brasileiro neste sentido.

1.2 FÉ E MORAL: ABORTO E ESTADO LAICO

O dever de um Estado Laico é uma proposta de racionalização dos atos de governo, e não se trata da negativa de fé, mas da compreensão de que a fé é um fator que pode ou não fazer parte das decisões das pessoas a partir de si, na condição de sujeito e em sua individualidade, para si mesmo, mas que tal fundamento não pode tomar como perspectiva a partir do Estado, com reflexo legal, jurídico e administrativo, posto que ao Estado cabe tutelar os interesses de todos, inclusive os que não possuem fé ou que não vejam na fé – e mesmo na moral judaico-cristã advinda e solidificada a partir da fé – fundamento para suas escolhas personalíssimas.

A laicidade do Estado firmou-se historicamente a partir da Europa, não principiologicamente, mas como questão de fato exigida pelo realismo político. Após longo processo a necessidade se fez virtude e o Estado laico se impôs como modelo intrinsecamente superior, tornando a separação da religião uma condição da política moderna (MIGUEL, 2016, p. 50).

Até que ponto o Estado pode intervir nas decisões pessoais e nas liberdades individuais é um questionamento antigo. E esse Estado já possuiu vários formatos e formatações, inclusive a religiosa como fator dominante e declarado. Não se pode negar que as religiões no percurso da humanidade foram e são determinantes para decisões de Estado e diplomáticas, e anda(ra)m lado-a-lado. Mas como conquista liberal, a formatação necessária da separação do Estado e da religião constituiu o que se chama de Estado Laico, celebrado pela Constituição da República no art. 19, inciso I, em que veda a todos os entes federativos *“estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”*.

A afirmação da laicidade do Estado é vinculada à tradição liberal, como um valor positivo em si mesmo, e que também afeta a democracia.

Passo decisivo, na constituição da democracia moderna, foi a afirmação de que a autoridade política tem sua origem embaixo, ou seja, no povo, e não em cima, na vontade divina. A ordem política medieval se queria determinada por Deus e os soberanos absolutos que a substituíram também encontraram no “direito divino” a fonte de sua legitimação. A visão de uma soberania residente no povo é incompatível com esse enquadramento. Mesmo a ficção contratualista já rompe com ele – motivo pelo qual a obra de Hobbes, ainda que tivesse como objeto justificar o absolutismo, foi vista com desconfiança pelos monarquistas. Nela, o poder soberano residia no povo e era a sua delegação que consistia a autoridade estatal. A democracia exige o Estado laico como uma consequência lógica da aplicação de seus princípios. [...] Os únicos limites que a soberania popular possui legitimamente são aqueles vinculados à preservação das condições de seu próprio exercício – isto é, a garantia de igual respeito às liberdades e direitos de todos. Há muita polêmica sobre quais devam ser, de fato, estes limites, nas situações concretas, mas a diretriz geral é clara. (MIGUEL, 2016, p. 51)

A religião, sobretudo a católica inicialmente, e - fenômeno das últimas décadas - as evangélicas pentecostais, exercem influência nas decisões de Estado, isso ficou muito evidente nas intenções de voto das eleições presidenciais de 2010, como explorou-se supra. Assim, não obstante o tema de utilização da fé como argumento de Direito sobre a questão do aborto ter sido reavivado naquela situação, mesmo no Brasil há datação de que, em relação ao aborto propriamente, já nos séculos XVI e XVIII os cronistas comentavam o fato com certa

incorporação social mitigada de uma realidade, e tolerância religiosa, mesmo pela indefinição do posicionamento da Igreja sobre o assunto. A historiadora Mary Del Priore nos relata que

Ingerir ervas, carregar fardos ou dar pulos eram manobras conhecidas para fazer o fruto renunciar. Em caso de desespero, recorria-se a todo tipo de objeto pontudo: de agulhas a canivetes, de colheres a tesouras ou espetos de cozinha. Temia-se mais a gravidez indesejada que a morte por infecção. Viajantes de passagem pelo Brasil observaram a venda de ervas abortivas, como a arruda, pelas ruas das cidades. Em tabuleiros, as escravas costumavam oferecê-la de porta em porta. Entre mulheres, murmuravam-se, baixinho, fórmulas para dar fim ao problema: provocar vômitos e diarreias violentos era uma delas. Todas as mulheres conheciam alguma solução. Até o século XIX, a Igreja tinha certa tolerância em relação ao aborto, acreditando que a alma só passava a existir no feto masculino após quarenta dias da concepção e, no feminino, depois de oitenta dias, o que acontecesse antes da “entrada da alma” não era considerado crime nem pecado. (DEL PRIORE, 2013, l. 2317-2328)

Em razão da influência histórica exercida pela Igreja Católica no Estado brasileiro, a incorporação e retroalimentação de conceitos entre um e outro foram um fato. Se considerarmos, no que se refere ao aborto especificamente, o Cristianismo influenciou em sua reprovação, reformulando os conceitos até então vigentes, para equiparar o ato ao homicídio (a partir dos imperadores Adriano, Constantino e Teodósio); influenciou ainda a compreensão dos povos germânicos quanto ao tema, antes tratado como lesão patrimonial, agora implicando em pena de morte ou de cegueira dolosa àquele que afrontasse contra a própria descendência (*Lex Wisigotorum*), e ainda pela equiparação do aborto com o homicídio, no caso de feto animado (*Lex Baiuvariorum*). O feto era considerado animado em quarenta, se do sexo masculino, ou oitenta, se feminino, dias após a concepção, conforme Santo Agostinho (este por sua vez a partir de Aristóteles), entendimento que passou a ser discutido já na Idade Média. Por sua vez, o Direito Canônico reprovava o aborto pela perda da alma (depois de animado, na esteira de Santo Agostinho), que não teve oportunidade de receber o batismo, ainda que considerasse hipóteses de licitude, como quanto a honra (PRADO, 2013, p. 129).

O Papa Sixto V, em 1588, determinou que as penas, temporais e espirituais, cominadas ao homicídio deveriam ser também aplicadas ao aborto, independentemente da idade do feto. Em 1591, o Papa Gregório XIX retomou a concepção outrora vigente e, atenuando as penas eclesiásticas, circunscreveu a punição ao aborto dado a feto animado. Em 1869, porém, foi abolida a distinção entre feto animado e inanimado pelo Papa Pio IX, estabelecendo-se penas idênticas para qualquer caso. (PRADO, 2013, p. 130)

Tal influência e confusão entre penalidades de Fé e de Estado é comparável, guardadas as proporções históricas e conquistas de Estado laico, com a exercida hodiernamente pela intitulada “bancada da Bíblia” (que coabita com a do “boi e da bala”, formando o “BBB” político de figuras com discurso conservador vinculada a grandes

empresários pecuaristas e militares ou que reforçam o Estado policial e repressor), como já tratado previamente, que agregam congressistas conservadores que se promovem politicamente na engrenagem do Estado sob o fundamento da fé, na condição de pastores evangélicos e/ou apoiados por líderes pentecostais, com o objetivo declarado de uso da coisa pública para fins de interesses (financeiros) de certos grupos – os deles. Mesmo diante da conclusão de que sem liberdade de pensamento, de associação ou de expressão para todos não há participação política democrática, os fundamentalistas não hesitam, reivindicando abertamente um “Brasil sob as ordens do Senhor” (ou equivalentes) (MIGUEL, 2016, p. 51).

Em matéria de aborto, a tendência legislativa brasileira é conservadora, o que pode vir a representar uma revisão dos dois permissivos legais do Código Penal, inclusive de forma a revogá-los ou torná-los ainda mais restritivos. [...]. Por tocar em questões constitucionais, a interpretação jurídica corrente no País é de que o aborto é matéria do Congresso Nacional ou da Suprema Corte de Justiça. Muito embora o Congresso Nacional e a Suprema Corte sejam diferentes instâncias da razão pública, a compreensão corrente de democracia representativa no Brasil é a da legitimidade de um parlamentar em representar os interesses específicos de uma determinada comunidade moral. Causa pouca controvérsia política a existência de congressistas religiosos ou com base política confessional, cuja pauta legislativa é promover e defender os interesses específicos de suas comunidades morais de origem e não uma ideia de pluralismo moral razoável. Essa compreensão equivocada da democracia representativa associada à forte influência da moral cristã na história política e social do Brasil abre espaço para diferentes compromissos com a razão pública laica entre diferentes representantes da estrutura básica da sociedade. No Brasil, o Congresso Nacional é considerado a expressão da democracia representativa, sendo a ideia de representação entendida no sentido estreito de cacofonia moral e não como a promoção de interesses defensáveis para a vida pública de um Estado laico a partir de uma pluralidade de argumentos. (DINIZ; VÉLEZ, 2008, p. 649)

O processo de secularização entre Estado e Religião é menos incidente no Brasil, diferente do que ocorre noutras culturas ocidentais. Se por um lado as pautas em direitos humanos foram amparadas pela religião no período da ditadura militar, significativamente pela Igreja Católica, cujas questões voltadas a justiça social e redução de desigualdade encontraram equivalência com a filosofia cristã, e que, mesmo após a redemocratização teve papel de destaque em questões de reforma agrária, fortemente amparada filosoficamente pela Teologia da Libertação³⁴, por outro lado, com o avanço dessas conquistas de base através de

³⁴ Destaca-se ainda que: “No período anterior ao governo Lula, constata-se forte apoio dos setores da Igreja Católica ligados à Teologia da Libertação e das pastorais populares ao Partido dos Trabalhadores (PT). Tais movimentos apresentam uma agenda relacionada aos direitos humanos, com ênfase nos direitos políticos e sociais. Com a chegada de Lula ao governo, no período contemplado pelas duas legislaturas sob exame, ocorrem divergências entre a agenda do governo em algumas ocasiões. Destacam-se alguns momentos críticos: 1) a aprovação no Congresso Nacional em 2005, com sanção do presidente Lula, da Lei de Biossegurança, que autorizou a extração de células-tronco embrionárias de embriões restantes de reprodução assistida e decorrente ação no Supremo Tribunal Federal julgada em 2008; 2) a posição do ministro da Saúde José Gomes Temporão

políticas públicas bem sucedidas (redução das desigualdades socioeconômicas), bem como com as pautas mais recentes em direitos humanos se voltando para questões de sexualidade (modificação da estrutura tradicional familiar, reconhecimento de uniões homoafetivas, indivíduos trans, etc) e direitos reprodutivos (não somente aborto, mas questões sobre células-tronco, também), o posicionamento das fés passou para o lado conservador, numa compreensão mais tradicional da condição divina da vida humana e da formação familiar.

Este deslocamento demonstra que existem diferentes visões sobre a natureza dos direitos humanos. A própria noção de justiça social também passa a ser compreendida de forma distinta. Segundo Peter Berger, o que é justiça para uns é uma injustiça para outros. Alguns grupos religiosos, que atuam na esfera política assumem a bandeira do direito à vida como forma de garantir a justiça social ao nascituro. Esta concepção diverge, portanto, da noção de justiça social apresentada pelas plataformas internacionais de direitos humanos que integram os direitos sexuais e reprodutivos como forma de garantir a justiça social a muitas mulheres (BENCKE; BORGES; LEMOS, 2013, p. 177).

Sobre a existência da porosidade entre religião e Estado na garantia dos direitos sexuais e reprodutivos brasileira, Bencke (et al, 2013) manifesta ainda que a secularização dos Estados em geral implicou para além de um processo sociocultural, tendo autonomizado várias esferas do saber, como a arte, a filosofia, a literatura e a ciência, as retirando da influência de valores e preceitos religiosos e possibilitando seu desenvolvimento a partir de outros parâmetros. A secularização também possibilitou que as subjetividades fossem gradativamente emancipadas destes mesmos valores, fazendo com que os indivíduos passassem a assumir uma racionalidade de valores para si cada vez mais distantes de preceitos religiosos. Neste sentido, mitos que legitimavam a subordinação da mulher ao homem (como o de Gênesis 3,16) foram revistos desde uma perspectiva sócio histórica, bem como passou-se a questionar e relativizar a normatividade da dominação masculina, que contribuiu para a desalienação da realidade social e também para uma maior emancipação das mulheres (BENCKE; BORGES; LEMOS, 2013, p. 169).

No Brasil, esta tensão entre secularização e contra-secularização pode ser observada de maneira especial na esfera política, através da atuação de grupos religiosos, possuidores de aparatos midiáticos e do poder econômico e político, capazes de promover *lobbies* em favor de seus interesses e na defesa de valores não emancipadores, relativizando o princípio de laicidade estatal. Um dos principais focos de atuação destes grupos religiosos tem sido justamente a

que coloca o aborto como problema de saúde pública e defende sua descriminalização em 2007; 3) a proposta do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), em dezembro de 2009, debatida em 2010, de apresentar projeto legislativo que descriminaliza o aborto, ‘considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos’” (LUNA, 2014, 85).

intervenção para impedir a aprovação de políticas que garantam os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. (BENCKE; BORGES; LEMOS, 2013, p. 170)

Diante da perda de controle das subjetividades pelos novos formatos sociais e familiares divergentes daqueles impostos pelas instituições religiosas, estas passaram a ocupar os espaços no parlamento, por vias possibilitadas pelas eleições e com o dinheiro dos fiéis, identificando ali novos espaços de poder para imposição de seus valores. A arena política pode representar um espaço privilegiado de disputa, o que coloca a articulação entre grupos religiosos, em diferentes frentes parlamentares anti-aborto, como forma de sobrevivência (BENCKE; BORGES; LEMOS, 2013, p. 179).

Uma das principais características das sociedades modernas é a imposição da convivência em um mesmo espaço político de uma pluralidade de concepções de mundo e formas de vida. Com base em Paula Montero, Naara Luna assinala que até recentemente as igrejas foram capazes de produzir nexos simbólicos e institucionais mediadores de diversas manifestações éticas nas sociedades de matriz histórica europeia. Entretanto, o Direito cumpre atualmente o papel de instituição mediadora que foi prerrogativa da religião cristã, mesmo que as religiões ainda sejam parte importante das dinâmicas simbólicas moduladas na experiência vivida e nos processos de socialização (LUNA, 2013, p. 88).

Ainda que a realidade política brasileira encontre esse cenário de dominação conservadora, manifestando fundamentos religiosos como se de Estado o fossem, é, evidentemente, um fator social a se considerar, mas somente enquanto tal, posto que constitucionalmente vigente a laicidade do Estado e a pluralidade de fé. A defesa na condição de “pró vida” exercida encontra-se no valor intrínseco da vida, que deve ser protegida como maior dom divino concebido por Deus à humanidade.

Dworkin (2003, p. 52) manifesta que a tais crenças a cada qual se entende que tal valor intrínseco da vida se fundamenta no amor e no poder criador de Deus, mas não dialogam na possibilidade de que numa atitude religiosa adequada deva-se reconhecer e avaliar um outro tipo de ameaça à santidade da vida: a ameaça que uma gravidez indesejada pode representar para a saúde e o bem-estar de uma mulher. Nesses casos, demonstrar respeito pela criação divina é algo que exige ponderação e equilíbrio, e não uma afirmação da prioridade automática da vida biológica de um feto sobre a vida plenamente desenvolvida de sua mãe, já detentora de direitos e tutela e personalidade jurídica.

Isto porque o reconhecimento da liberdade de crença religiosa, como direito liberal, e a necessidade da laicidade do Estado, como imperativo democrático, convergem para uma

separação estrita entre religião e política que possui uma consequência prática bastante relevante: implica o abandono, por parte da religião, de qualquer pretensão de se impor coercitivamente. A adequação às normas de comportamento determinadas pela religião deve ser *voluntária*, motivada pelo proselitismo. Isto significa que os próprios religiosos devem se abster de tentar instrumentalizar o Estado em favor de suas crenças particulares. O uso do mecanismo eleitoral como forma de *chantagem* que obriga a decisão política a se curvar a preceitos religiosos fere, assim, princípios basilares tanto do liberalismo político quanto da democracia (MIGUEL, 2016, p. 52-53).

Nessa situação, a influência da fé e seus argumentos (abortar seria pecado contra a santidade da vida ao que crê) são perfeitamente passíveis de influência individual, porém não podem alcançar a generalidade legislativa porque interfere no arbítrio individual daquele que não possui para si os mesmos dogmas de fé – porque o Estado laico não possui uma fé oficial, respeitando todas as crenças e inclusive respeitando os que não creem. Nessa toada, a decisão válida a um pode não ser válida a outro quando se trata de fé, e, portanto, qualquer decisão generalizada a partir do que um indivíduo ou um grupo de indivíduos crê (dominantes, em regra) deixa de ser inclusiva, porque não permite a diversidade da crença do outro, logo não democrática.

Lorea (2006, p.198-199), por sua vez, reitera o argumento e nos contextualiza que:

Não há alternativa outra à garantia das liberdades laicas no contexto de um estado democrático de direito que não seja atender à pluralidade de pensamentos que convivem na sociedade brasileira. Nesse sentido, ao reformar a legislação atual para descriminalizar o aborto no país, os legisladores estariam assegurando a diversidade, contemplando a possibilidade de que nenhuma posição se sobreponha às demais, com isso fomentando o debate civilizado e respeitando a decisão de cada um na esfera individual.

O que demonstra que tais premissas – proibitivas ou permissivas de determinados atos - válidas para o indivíduo enquanto ser livre numa democracia, por questões de fé, não possuem escopo para se tornar regra para a sociedade enquanto regulamentação geral, de alcance a todos. Idem para justificações morais de toda sorte, em respeito à liberdade de opinião. Assim, o Estado, a fim de incluir todas as tutelas de liberdade, deve agir, sobretudo criminalmente, de modo mínimo nas esferas de liberdades das pessoas. No caso das mulheres, especialmente, onde incidem fatores socioculturais de dominação e secundarização históricas, essa tutela estatal criminal pode ser – e é – lida de modo misógino, como controle e dominação dos corpos e de restrição a direitos de personalidade que cabem e interessam a elas em razão de suas condições biológicas para gerar filhos.

Assim como a liberdade religiosa, os direitos sexuais e reprodutivos também se inserem na compreensão moderna da autonomia individual e das liberdades privadas. O exercício de direitos envolve o das liberdades pessoais que, por sua vez, exigem obrigações sociais. Estas envolvem o âmbito público, uma vez que é o Estado que deve garantir as condições adequadas e capazes de assegurar que os direitos sejam exercidos de maneira segura por todos os cidadãos. No caso das mulheres, isso significa que a decisão de ter ou não filhos é da esfera privada, sendo tarefa do Estado garantir as condições necessárias para que essa decisão seja exercida de maneira adequada. É necessário que o Estado tenha plena autonomia para implementar direitos e políticas públicas capazes de garantir o acesso a serviços que garantam às mulheres tomar suas decisões de maneira segura. A ambiguidade em torno da laicidade do Estado brasileiro impede que este cumpra a sua função plenamente, uma vez que grupos religiosos interferem, na maioria das vezes, em propostas políticas relacionadas à ampliação dos direitos sexuais e reprodutivos. (BENCKE; BORGES; LEMOS, 2013, p. 182-183)

Rawls, ao enfrentar o exercício de liberdades – incluindo-se a religiosa – na democracia e como a religião e a razão pública são hábeis a coexistir, nos aponta o papel de uma razão pública para acalmar a divergência e encorajar a estabilidade social, situando que a sociedade está dividida em grupos separados em que cada um deles tem seus interesses fundamentais distintos e que se opõem a interesses de outros grupos, por onde estão dispostos a resistir ou violar leis democráticas legítimas (RAWLS, 2011, p. 545-546).

Enquanto um regime constitucional pode assegurar plenamente direitos e liberdades a todas as doutrinas permissíveis e, portanto, proteger nossa liberdade e segurança, uma democracia exige necessariamente que, como cidadão igual entre outros, cada um de nós aceite as obrigações da lei legítima. Embora não se espere que ninguém coloque em risco sua doutrina religiosa ou não religiosa, é preciso que renunciemos para sempre à expectativa de mudar a Constituição para estabelecer a hegemonia de nossa religião ou à de qualificar nossas obrigações a fim de assegurar sua influência e seu sucesso. Conservar tais expectativas e objetivos seria incompatível com a ideia de liberdades fundamentais iguais para todos os cidadãos livres e iguais (RAWLS, 2011, p. 546)

O autor manifesta ainda que é possível aos crentes e aos seculares apoiarem um regime constitucional mesmo quando suas doutrinas abrangentes não sejam compatíveis com tal regime a partir da compreensão e da aceitação por parte dessas doutrinas que o endosso de uma democracia constitucional razoável é o único modo equitativo de subsistência, assegurando equitativamente a liberdade de seus seguidores e as demais liberdades dos demais cidadãos livres, iguais e razoáveis. Tal ocorre ao justificarem em suas pluralidades o modo como a liberdade de consciência e o princípio da tolerância podem ser coerentes com a justiça igual para a totalidade de seus cidadãos numa sociedade democrática razoável. Há uma base fundamental a ser aceita por todos como equitativa e reguladora da rivalidade entre doutrinas (RAWLS, 2011, p. 546-548).

Há duas ideias de tolerância. Uma é puramente política, expressando-se com base em direitos e deveres que protegem a liberdade religiosa em conformidade com uma concepção política razoável de justiça. A outra não é puramente política, mas expressa-se com base em uma doutrina religiosa ou não religiosa [...]. Argumentamos tomando por base aquilo em que acreditamos ou conjecturamos que possam ser as doutrinas fundamentais de outras pessoas, religiosas ou filosóficas, e nos empenhamos em demonstrar-lhes que, a despeito do que possam pensar sobre isso, elas mesmo assim têm como endossar uma concepção política razoável de justiça. Não estamos afirmando esse fundamento para a tolerância, e sim oferecendo-o como um fundamento que essas pessoas poderiam considerar coerente com suas doutrinas abrangentes. (RAWLS, 2011, p. 548)

A dominação masculina em controle reprodutivo da mulher é bandeira principal de algumas linhas feministas, em que estas compreendem que a origem da dominação masculina está na capacidade das mulheres, em razão do útero, de gerar filhos, o que interfere criminalmente na incidência declarada de uma proteção à “vida do feto”, quando de toda sorte esconde as reais intenções de controle e dominação, bem como segregação social e racial, como demonstra o feminismo interseccional (este mais inclusivo que o radical e mais atento à variação de determinações condicionantes da exclusão, ciente de que esta é multifatorial) ao utilizar-se do direito penal para tal controle, como se tratará adiante.

Importa saber que o direito penal não resolve – nunca resolveu e nunca resolverá (ao menos na forma como tem-se no Brasil a execução penal) – problemas sociais: ao selecionarmos determinados fatos do mundo como aptos à tutela penal, estamos paralelamente também deslegitimando um debate qualificado, e dando uma resposta extrema (direito penal, afinal, é principiologicamente tutela de *ultima ratio*) a situação que pode vir a ser tratada por meios intermediários de intervenção estatal, desde políticas públicas de conscientização a buscar evitar condições inseguras de fomento e realização do fato. Como trata Dworkin (2003, p.234-235):

Por nosso amor pela liberdade e pela dignidade, estamos comprometidos a viver em comunidades nas quais não se considera que nenhum grupo é inteligente, religioso ou numeroso o bastante para decidir questões essencialmente religiosas que dizem respeito a todos os demais. Se tivermos uma preocupação verdadeira com as vidas que os outros levam, admitiremos também que nenhuma vida é boa quando vivida contra as próprias convicções e que em nada estaremos ajudando a vida de outra pessoa, mas apenas estragando-a, se a forcarmos a aceitar valores que não pode aceitar, mas aos quais só se submete por medo ou por prudência.

O que demonstra que o comprometimento democrático é pela inclusão de todos, o que inclui diversidade religiosa e a própria ausência de fé. Portanto, se vincular a uma interpretação unilateral de conceitos ainda não pacíficos e tutelá-los através do direito penal é medida excludente e por demais drástica, fatalmente ocasionando novos problemas sociais

advindos do desrespeito às liberdades individuais, como já se verifica na questão do aborto, que implica num mercado negro de drogas e intervenções cirúrgicas ilegais, bem como mutilações e mortes de mulheres, tonando-se uma questão de saúde pública.

A compatibilização entre a legislação penal e a Constituição deve-se orientar de modo que as leis não sejam veículos para realizar desejos de imposição de condutas morais e religiosas responsáveis, sobretudo com as consequências de vitimização de mulheres como se afigura no que se refere ao aborto, de modo que a legislação criminal tem finalidade subsidiária e fragmentária de bens jurídicos definidos a partir de um Estado laico, cuja observância aos direitos fundamentais é pressupostos de sua afirmação democrática (MENDES, 2017, p. 203).

A moldura da dimensão do sagrado, das questões existenciais substancialmente caracterizadas pela busca de respostas fundamentais que atribuam sentido à vida humana, deve ser derivada de conceitos morais prévios, que possam ser traduzidos para a linguagem jurídica. É preciso perceber que o termo “religião” apresenta um conteúdo abrangente, no qual estão incluídas não apenas as doutrinas religiosas, mas também as convicções de natureza laica, esquema esse cuja essência está incorporada à resposta dada por Dworkin ao problema do aborto. (PIRES, 2016, p. 21)

O intuito é evidenciar que, no que tange a questões individuais, não compete ao Estado impor orientação oficial ou única a partir de premissas privadas e moral particular de grupos dominantes, sobretudo se tutelada pelo direito penal, o braço mais violento, arbitrário e restritivo do Estado, porque não inclusivo, portanto não democrático, visto que não possibilita a todos a inserção social adequada e a liberdade de crença e estabelecimento de igualdade de condições de ser ao realizar uma política criminal diante de um problema social que teriam políticas públicas em outras searas uma resposta mais adequada e menos onerosa.

Contra as argumentações que envolvam a fé não há racionalização e sistematização jurídica possíveis que permitam uma abrangência e respostas constitucionalmente adequadas que possibilitem um exercício democrático e cidadão de todos os credos – incluso os incrédulos –, o que implica necessariamente em radicalizar a significação do estado laico, e tornar tal proposta factível através da razão pública.

2 QUESTÕES DE GÊNERO E SEXO: CONSTRUÇÃO DA MULHER COMO SUJEITO SECUNDÁRIO

“Um dos benefícios que a opressão assegura aos opressores é de o mais humilde destes se sentir superior [...]. Assim também o mais medíocre dos homens julga-se um semideus diante das mulheres” (Simone De Beauvoir)

Numa democracia plural o político (*political*), diversamente da política (*politics* - esta está na seara acadêmica), a partir de Mouffe, não é um espaço legal, não é uma esfera de atuação e nem um nível (superestrutural ou não) da realidade, o político é um dos fundamentos da realidade, implicando dizer que as relações humanas estão a um só tempo atravessadas e constituídas pelo antagonismo (SZWACO, 2012, l. 2667).

Às mulheres, o reconhecimento de capacidade e igualdade jurídica equivalente a dos homens é historicamente recente, como será explorado neste capítulo. Portanto, sua cidadania foi (e é) preterida pela dominação estruturante do patriarcado, que necessita da submissão do corpo da mulher – esse corpo vilanizado, sexualizado, objetificado, utilizado e utilitário sempre através e pelo olhar masculino. Desta forma, as funções reais de determinadas legislações que se manifestam neutras, em razão das dominações da ordem do *habitus* explicado por Bourdieu, são de fato ratificadoras destas mesmas opressões as quais oficialmente se declara contra.

A distopia *O Conto Da Aia*, da canadense Margaret Atwood (2017), se passa num futuro não tão distante em que os índices de fertilidade humana são baixíssimos. Retrata uma sociedade patriarcal fundamentada em passagens bíblicas convenientes aos fins daquele Estado totalitário e fundamentalista que tomou o poder através de um golpe como medida de exceção e suspendendo a Constituição. A nova república (chamada “República de Gilead”, em substituição aos Estados Unidos da América) é estruturada em castas, distingue homens e mulheres a partir de suas designações de sexo, cumprindo papéis sociais conservadores, “orgânicos”, e que se apropria das mulheres férteis (chamadas de “aias”), as submetendo para que ocupem seus “destinos biológicos”. Elas são úteros sob domínio de um Estado totalitário e que não possuem qualquer controle sob suas vidas e identidades, menos ainda sob sua prole.

Trata-se de obra literária, entretanto, quando concebida, a autora – feminista – teve o zelo de apenas se remeter a recursos historicamente já utilizados para a formatação deste

Estado. Leva ao extremo uma moldura estruturante e presente nas sociedades atuais de modo que ressignifica – a fim de crítica – o modo e os valores e os fundamentos teóricos que tais diferenças de gênero são manifestas socialmente e como são politicamente incorporadas, inclusive nas legislações atuais e na forma de tutela das mesmas sob as mulheres.

A legislação em vigência sobre aborto no Brasil, colocada em ordem criminal, é um exercício masculino de dominação e subjugação do corpo e da sexualidade da mulher ao tutelar do modo que o faz um fator biológico exclusivo dela, a possibilidade de engravidar, gerir e parir, como fundamento para que ela seja posta em local de sub-cidadania, descaracterizada como sujeito e indivíduo e identificada como um grupo minoritário e secundarizado necessariamente visto, julgado e preterido sob os desígnios masculinos.

Para que se compreenda como o machismo se apresenta em formatações – legais - declaradas “neutras” (e se evite uma república fundamentalista [religiosa]) é necessário (re)conhecer o local da mulher como feminino na ciência da memória e o uso político de seu corpo como finalidade de representação dos interesses do patriarcado, este, por sua vez, sempre atuante através das violências infligidas à mulher.

2.1 A HISTÓRIA DA MULHER COMO HISTÓRIA DO ESQUECIMENTO

Na ciência da memória a participação das mulheres passou a ser observada com mais zelo a partir do século XX, mesmo em razão das conjunturas propícias para tanto.

Entretanto, o que na História revelou-se é que se encontra a mulher onde não se diz.

Os homens produziram discursos, apagaram os textos das mulheres – as calaram ao atravessar a memória oficial da humanidade em sua metade amputada – e galgaram o posto de donos do conhecimento e das leis, inclusive sobre elas, logo, tudo o que se sabe sobre elas foi primeiramente contado por eles: da filosofia à literatura, da ciência ao Direito, o patriarcado confirma a ideia de que todo documento de cultura remanescente é um documento da barbárie, e o feminismo – como reconhecimento da mulher como sujeito histórico e mote da mesma - tão somente passou a germinar a partir dos espaços de fala e da conquista da liberdade de expressão (TIBURI, 2018, p. 48).

A mulher está oficialmente inserida historicamente quando muito em nota de rodapé, podendo-se mencionar as personagens históricas em participações pontuais ou mesmo sendo ignoradas, daí afirma-se que a *história da mulher é uma história do esquecimento*, e que a partir de sua inclusão recente quase que obrigatória na ocupação dos espaços, a elas ficou

reservado um papel coadjuvante, subsidiário, secundarizado, portanto, de início era negada e ignorada, passando a ser útil e mencionada em conveniência (sempre pelo olhar masculino), e posteriormente secundarizada e na condição de alteridade.

Condição esta que passou a ser fortemente problematizada pelas várias vertentes feministas, tornando o espaço para debates nessa seara bastante fértil e sendo levantadas questões de importância basilar para o autoconhecimento do sujeito como grupo e como indivíduo. O movimento feminista como um todo tem uma particularidade muito ímpar e que deve ser tomada àquele que pretende compreender e/ou estudar sua história e procedimento, posto que é movimento que produz sua reflexão crítica e teorização; essa rara coincidência entre teoria e prática dá-se, entre outras razões secundárias, pelo perfil social que impulsionou o feminismo da segunda metade do século XX (ao menos nos primeiros momentos): mulheres de classe média educadas, sobretudo nas áreas das humanidades, psicanálise e crítica literária (PINTO, 2012, l. 4614).

A mulher, ainda assim, é escrita na história através e a partir do homem, tendo seu significado atrelado ao homem como determinante.

2.1.1 Expectativas Sociais da Mulher: Uma Construção Cultural

Naquilo que se refere ao machismo estrutural e sua sedimentação naturalizada e diluída, a história, como condição de ciência da memória foi muito importante na contribuição misógina proferida com respaldo “científico” nesse sentido. Assim, a história (como todas as estruturas) também é masculina, e dentro dela, o corpo da mulher sempre foi de utilização política a fins que a elas nunca couberam muito espaço de escolha.

Ao nos apresentar uma das obras de Michelle Perrot, Carla Bassanezi Pinsky revela que

No século XVIII ainda se discutia se as mulheres eram seres humanos como os homens ou se estavam mais próximas dos animais irracionais. Elas tiveram que esperar até o final do XIX para ver reconhecido seu direito à educação e muito mais tempo para ingressar nas universidades. No século XX descobriu-se que as mulheres têm uma história e, algum tempo depois, que podem conscientemente tentar toma-la nas mãos, com seus movimentos e reivindicações. [...] A história das mulheres [...] deve estar presente nas escolas, nas TVs e rádios brasileiras, no judiciário e no legislativo, assim como na elaboração de políticas públicas (PERROT, 2016. p. 11)

Já nos gregos a tentativa de conceituação de uma “natureza feminina” com o escopo de condiciona-la no papel de reprodutora e parentesco tão somente (papel este reiterado no

estruturalismo de Claude Lévi-Strauss) já era evidente. Platão ao conceituar a mulher diz que a natureza feminina é enganadora, vinculada às artes menores e ligadas ao fútil (TIBURI, 2016).

Aristóteles é quem estabelece de maneira mais radical a diferenciação e superioridade masculina (sendo, por assim dizer, marco teórico para a posteridade nesse sentido), reduzindo a condição da mulher à condição de um vaso que somente se espera que seja um bom receptáculo, posto que as mulheres se movem nas fronteiras da selvageria, aproximando-se mais dos animais que dos homens – estes o símbolo da perfeição e manifestação da razão. Elas são modelagens inacabadas, imperfeitas, quase homens, estes sim símbolos da perfeição e finalização (PERROT, 2016, p. 23). Desde já a separação em algo naturalizado como feminino e vinculado a tal pejorativamente ganha robustez de cientificidade posteriormente utilizada para acondicionar o *locus* da mulher dentro de um espaço de “emoções” (útero é o órgão responsável por isso, afirmava-se), enquanto os homens estariam na (e teriam sempre) “razão”.

O pensamento aristotélico foi orientador, na condição de clássico que é, do que se considera na diferença de sexos na ocupação de posições de poder e espaços decisórios, sendo tal pensamento justificador da dicotomização dos espaços uma vez que à mulher em sua inferioridade na participação necessária na reprodução humana, tem-se que o local adequado seja o da reclusão em casa, no espaço da vida *zoé* (vida animal, estruturante, de procriação, tal qual escravos e animais, em âmbito privado), enquanto ao homem, por ser o acerto da natureza (é possível que haja uma mulher inteligente, mas tão somente como exceção, já que é fato contranatural), fica reservada a vida da *pólis*, a vida do cidadão, vida pública – que aos gregos é o que realmente importa (TIBURI, 2016).

A Idade Média, por sua vez, é muito rica em criar a imagem da mulher em sua perversidade. As vozes femininas ainda são silenciadas, sendo pontuais as autoras que conseguiam algum espaço nas letras³⁵ - afinal, sua condição ainda impunha a vida *zoé* como única possibilidade de existência. Porém, ainda que como erro da natureza, a mulher começa a participar da vida pública nos ambientes da nobreza e mais adiante nas casas burguesas que educavam suas filhas – e então passam a ser um erro de cultura, haja vista que falam demais.

³⁵ De acordo com PERROT (2016, p. 31-32), “*tais foram os caminhos das primeiras mulheres que escrevem, das pioneiras da escrita: Safo, a misteriosa poetisa grega [...]; a religiosa Hildegarde de Bingen [...]; Marguerite Porete, morta na fogueira como herética no século XIV; Catarina de Siena, letrada e conselheira do Papa; a grande Christine de Pisan, cuja obra La cité des Dames marca uma ruptura no século XV. ‘Em minha loucura eu me desesperava por Deus me ter feito nascer num corpo feminino’, dizia ela numa sede de igualdade que saía por todos os poros desde o período pré-renascentista.*”

A mulher é um ser tão assustador para os homens que ela passa a ser o inimigo útil (que possui funções domésticas e reprodutivas, afinal) mas inconfiável – como Eva. Foram colocadas na vida do homem para perturbá-los, seja por sua inferioridade seja pela tentação. Nesse período há uma junção do religioso com aquilo que é propriamente ginecológico, no sentido de relacionado ao corpo feminino. A carne, substanciada no corpo das mulheres é o próprio lugar do pecado, onde o diabo habita, e o diabo - como as mulheres – é traiçoeiro. A própria estetização da feminilidade e o fato de que as mulheres têm o hábito (enganador) da vaidade as posicionam no nível da superficialidade e do engodo – por onde a estrutura misógina enraíza-se e colhe os frutos ainda hoje, na segunda década do século XXI.

A Inquisição Europeia (1478-1834), vigente por longo período, fomentou um extermínio feminino significativo considerando o período, sobretudo após a publicação do *Malleus Maleficarum* (Martelo das Bruxas) dos dominicanos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger (1487). Mesmo a obra não tendo a confirmação por seus pares teólogos de sua validação teórica e prática, foi um *best seller* para a época³⁶, tendo aproximadamente vinte edições, nas quais ensinava como identificar uma feiticeira e suas práticas, sendo conveniente sempre julgar pelo pior e na dúvida, condenava-se ao fogo purificador, uma vez que ainda que se esvaísse a vida dessas mulheres, suas almas seriam salvas, posto que o objetivo destes tribunais, vinculados à Igreja e precursores do processo penal estatal, era o de salvação das almas.

Elas foram maciçamente presas e queimadas, principalmente na Alemanha, na Suíça e no leste da França atual (Lorena, Franche-Comté), mas também na Itália e na Espanha. Estima-se cem mil o número das vítimas, sendo 90% de mulheres. A onda de repressão, iniciada ao final do século XV, e da qual Joana d’Arc, de certo modo, foi vítima, exacerbou-se nos séculos XVI e XVII. Fato desconcertante, pois coincide com o Renascimento, o humanismo, a Reforma. Os protestantes concordavam com os católicos que as feiticeiras eram nocivas. O que explica a posição da Alemanha na geografia das fogueiras. [...] Em nome da ciência, a racionalidade ocidental erradica as figuras de alteridade: o judeu, o estrangeiro, a feiticeira. Essa história confirma a reflexão ulterior de Adorno e Benjamin segundo os quais existe um vínculo entre o processo de civilização e a barbárie, o progresso e a violência. As feiticeiras aparecem como bodes expiatórios da modernidade (PERROT, 2016. p. 89)

A mulher, como já dito em 1.1.1 deste, era estudada através das teorias demonológicas porque sua existência é(ra) vinculada ao engodo pecaminoso e amizade com o pecado simbolizado na serpente. O corpo das mulheres, assim, tinha por necessidade ser des-erotizado, enfeando-se, para não ser veículo de perdição e da saúde dos homens. De

³⁶ Como se afirma em nota pré-introdutória do livro, edição de bolso. (KRAEMER; SPRENGER, 2016)

acordo com Del Priore, modificar a aparência ou melhorá-la com artifícios implicava aumentar a inclinação pecaminosa, já naturalmente vinculada a mulher; implicava ainda em interferir na obra perfeita de Deus, que através de seus padres ameaçavam com punições de danação eterna. Ainda assim, as mulheres eram transgressoras e se embelezavam (DEL PRIORE, 2011, l. 307).

No pensamento liberal clássico, predomina a teorização de um gênero humano não genérico, composto apenas de *veri homines*, amputado de sua metade feminina e de sua porção criança: a mulher e o menor são subsumidos em uma comum incapacidade jurídica em matéria de questões públicas. Assim, durante muito tempo a modernidade filosófica pensou o gênero humano pela metade. Com efeito, o universalismo afirmado pelo modelo liberal é limitado e desatento na atribuição e no reconhecimento de uma subjetividade política *para todos* (PIERUCCI, 2013. p.111-112).

Rousseau deixa muito claro seus posicionamentos excludentes no que se refere à mulher na obra *Emílio, ou da Educação*, onde disserta sobre a formação e educação de crianças³⁷ – meninos, já que as meninas não precisam ser educadas – desde a infância à vida adulta, formando o homem político preparado para a sociedade europeia que se forma em razão de seus tempos revolucionários.

As mulheres, para ele, devem ser ao máximo invisíveis, reafirmando sua insignificância e subsidiariedade, escrevendo em carta a D’Alambert que “*uma mulher que se mostra se desonra. [...] A audácia de uma mulher é sinal certo de sua vergonha*” (PERROT, 2016. p.128). Com Rousseau, sobre o tema educação, Mary Woollstonecraft teria discussões sobre a igualdade de oportunidades e a defesa de uma educação igualitária para homens e mulheres até certa idade, como defeso em sua obra *Reivindicação dos Direitos das Mulheres*, considerado o primeiro grande manifesto feminista, devendo ser lido guardadas as proporções do período histórico. Quando confrontada sobre a diferença em questões de força entre os sexos, diz que conforme a razão se eleva o uso da violência e da força bruta se fazem desnecessários, marca do progresso e da civilização, portanto a diferenciação dos sexos torna-se obsoleta (BIROLI; MIGUEL, 2014. p. 63).

Immanuel Kant, figura central da filosofia moderna, por sua vez, dá às mulheres a condição de naturalmente servirem para enfeitar. Associa as mulheres ao belo, e os homens

³⁷ Rousseau, ironicamente, não obstante entender a inferioridade da mulher, teve como mecenas duas amantes viúvas ricas; a primeira, deixada quando ela passou por dificuldades financeiras, e com a segunda, com quem teve cinco filhos, todos abandonados em orfanato, apesar de escrever sobre como deveria ser a educação dos meninos quando criança.

ao sublime: eles podem agradar e desagradar ao mesmo tempo, enquanto elas se prestam unicamente para agradar, naquilo que se define “agradar” pelo olhar masculino. A atuação intelectual da mulher não é encantadora, e a *misoginia* uma característica propalada nas esferas de conhecimento (LINO, 2008). Lombroso e Ferrero (1903, p. 160) “cientificamente” afirmam que “*a principal inferioridade da inteligência feminina em relação à masculina é a deficiência da potência criativa*”.

A misoginia é o discurso de ódio especializado em construir uma imagem visual e verbal das mulheres como seres pertencentes ao campo do negativo. A violência física, a qual as mulheres estão historicamente submetidas também é linguagem que corrobora com a lógica de negatar tudo o que se visa destruir ou enfraquecer porque da ordem do negativo, este relacionado ao que se encontra fora do poder, o que se revela ao associar as mulheres à loucura, à histeria, à natureza originária de inconfiabilidade. Tal inconfiabilidade mítica foi criada e referendada com *status* científico pelo patriarcado e abala as relações das mulheres entre si: se elas confiam umas nas outras o sistema sustentado na diferença hierárquica entre homens e mulheres e na desconfiança na potência das mulheres pode ruir (TIBURI, 2018, p. 39-40).

Conforme nos relata Vladimir Brega Filho e Fernando de Brito Alves (2013), baseados na citação referida,

De acordo com Carla Bussanezi Pinsky e Joana Maria Pedro (2003, p. 269) a maior parte dos homens que apoiavam a Revolução Francesa, independentemente de suas convicções políticas ou filosóficas, não achavam que a liberdade, a fraternidade e a igualdade estendiam-se às mulheres, e que, apesar de sua importância considerável para a consolidação da Revolução, deveriam voltar para a vida doméstica, onde desfrutariam dos benefícios da Revolução sem subverter a ordem natural das coisas. Como o papel das mulheres fora relegado ao lar, suas primeiras lutas estavam relacionadas com os seus interesses de donas de casas, reivindicando o controle dos preços e que o Estado tivesse postura mais protetiva com os menos favorecidos. Suas reivindicações não foram atendidas.

Com Simone de Beauvoir, em *O Segundo Sexo* (2016), lançado em 1949, a construção misógina na história da representação da humanidade modificou-se a ponto de poder-se afirmar com seguridade o marco teórico que a autora representa para o feminismo, posto que é ela quem desestrutura a “natureza feminina” e observa a questão de *secundarização* da mulher ao longo da história. Ela retira a marcação biológica como destino naturalizada em lugares comuns reiterados pelo tempo e vestidos de cientificidade pela construção misógina ainda dominada pela produção masculina.

Beauvoir afirma que as mulheres são marcadas pelo sexo – a estrutura de Simone é binária, homem x mulher, entretanto, a diferenciação que traz no espectro de mulher como construção vem a ser basilar para a conceituação mais a frente na linha do tempo, de *gênero*, vocábulo mais adequado hodiernamente para designação do feminino como manifestação cultural, e *sexo* passando a ser uma categoria biológica – e elas são reduzidas a este na condição de alteridade e compreensão de si a partir do homem, na condição de não-sujeito, porque objeto dentro da história – masculina - , que constrói a mulher. Daí compreender sua célebre frase de que “*Ninguém nasce mulher: torna-se mulher*”³⁸, que questiona o lugar do destino biológico como fundamento para a afirmação da existência de uma natureza feminina enfatizando que

A humanidade é masculina, e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo. [...] Ela não é senão o que o homem decide que seja; daí dizer-se o “sexo” para dizer que ela se apresenta diante do macho como um ser sexuado: para ele a fêmea é sexo, logo ela o é absolutamente (BEAUVOIR, 2016. p.12)

Inevitavelmente a questão da igualdade de gênero, assunto tão caro para as mulheres e demais grupos minoritários socialmente, conduz a perguntas no sentido de busca de uma identidade feminina e em relação a quem essa identidade se revela e se diz, e o questionamento de uma *igualdade em relação a quem(m)*? Posto que o olhar daquilo que se define como mulher enquanto matéria aprendida e feminino como condicional e forma é validado necessariamente pelo masculino estruturante que diz o que é “feminino”, e se igualar à condição de homem branco cisgênero burguês heteronormativo³⁹ é inevitavelmente inverter a ordem de opressão e perpetuar uma estrutura que se nega em condição justamente do que impõe aos que são considerados “outros”.

A identidade do que é ser mulher passa então por uma crise. O que é afinal a condição feminina, e se existe uma, e qual o paradigma a ser superado para que se revele uma identidade própria a partir do ser ou a partir de uma estrutura misógina, e como essa estrutura contamina e condiciona o próprio ser político.

³⁸ Na edição usada neste texto, literalmente como “*Todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade*” (BEAUVOIR, 2016. p.9-10). Porém no texto utilizou-se a tradução clássica e popular para efeitos textuais.

³⁹ Essa supremacia presumida do sujeito homem branco cisgênero burguês heteronormativo é internalizada a ponto de que reflete tal moral burguesa ainda que não seja o sujeito em condição de opressão um burguês *stricto sensu*, o que justifica o fato de que ainda que as mulheres não sejam numericamente uma minoria, a recusa delas em se reconhecer na condição de “outro” – porque o fazendo haveria a renúncia em relativas “vantagens” havidas perante a casta superior. O que confere realidade quando Beauvoir diz que “*Assim também o mais medíocre dos homens julga-se um semideus diante das mulheres*” (p. 21).

Nesse sentido, Judith Butler (2015), em *Problemas de Gênero*, cria um diálogo entre sexo e gênero justamente para problematizar a questão da identidade, sobre o que seria a identidade feminina, não reduzindo o feminismo, evidentemente, à questão da identidade, mas o considerando como marco. Estabelece premissas em hipóteses⁴⁰ sobre a identificação identitária a certos grupos considerando a questão de gênero, não obstante reconheça ser algo que não favoreça os sujeitos “marcados”⁴¹ como tal (p. 42-56). O papel dessa identidade não pode simplesmente ser negado, portanto uma identidade feminina, no contexto do feminismo em nossa cultura é uma identidade histórico-circunstancial que deve ser pensada em termos políticos.

De acordo com Butler (2015), ser mulher é um dever de autoafirmação (ainda que uma armadilha da naturalização filosófica, como ensina Márcia Tiburi [2016]), e somente assim cabe proceder se isso servir como estratégia política. Butler nega tanto o gênero como o sexo, considerando ambos construção cultural da humanidade (2015. p. 28-36). Ambos são performativos na questão da identidade⁴² (não somente o gênero) como categoria construída; ainda assim, percebe a importância da identificação em identidades, nas marcações de grupos, se tal categorização assim for feita como politização do ato em si e (re)conhecimento da própria condição da identidade, como se tal reconhecimento das opressões e violências vividas e experimentadas – como sujeito e como grupo – em seu ato de politização por si libertasse a condição de identidade (marcação). Para a filósofa, gênero é o núcleo de um processo ativo que nos forma (BUTLER, 2015, p. 240-244):

Como romper os fundamentos que encobrem as configurações culturais de gênero alternativas? Como desestabilizar e apresentar em sua dimensão fantasística as “premissas da política da identidade? Essa tarefa exigiu uma analogia crítica da naturalização do sexo e dos corpos em geral. Demandou também uma reconsideração da imagem do corpo como matéria muda, anterior à cultura, à espera de significação, imagem esta que se reitera mutuamente com aquela do feminino, à espera de inscrição-como-corte do significante masculino para poder entrar na linguagem e na cultura. A partir de uma análise política da heterossexualidade compulsória, tornou-se necessário questionar a construção do

⁴⁰ Ao tratar sobre a *Teoria Queer*, especificamente sobre a obra e estilo argumentativo de Butler, “um ‘se’ que não é discutido logo se torna a base incontestável para novas conclusões. Com efeito, a falta de maior rigor na argumentação, o vocabulário intrincado e os excessos retóricos são alvos permanentes na crítica feita não somente à Butler mas à teoria queer em geral. Outro flanco de crítica é o foco exclusivo nos mecanismos discursivos de produção da dicotomia homem/mulher, deixando de lado a materialidade das práticas e das instituições que reproduzem a diferença de gênero ou, se se preferir, de heteronormatividade” (MIGUEL&BIROLI, 2014. p. 83).

⁴¹ “Identidade” na obra de Butler funciona como o termo “marcação” na obra de Simone de Beauvoir. Em que a identidade seria uma marcação, a partir dessa identidade se define uma consciência de percepção da própria condição de violência sofrida (TIBURI, 2016).

⁴² A performatização a que se refere a autora é no sentido de que se veste e teatraliza-se na estrutura binária (como homem e como mulher) e falocêntrica, que concomitantemente estabelece um regime de diferenciação, bem como favorece a heterossexualidade compulsória.

sexo como binário, como binário hierárquico. Do ponto de vista do gênero como imposto, surgiram questões como a fixidez da identidade de gênero como uma profundidade interior pretensamente externalizada sob várias formas de “expressão”. (BUTLER, 2015, p 254)

É essa consciência da opressão e do que oprime – no caso em estudo, o machismo estrutural presente e formador do conjunto sócio-político brasileiro – que permite a criação de políticas públicas em vetor contrário a essa perpetuação não revelada. Neste momento temos a inegável contribuição das Ciências Jurídicas e teorias democráticas inclusivas para o desenvolvimento de uma sociedade plural entendidas sob uma perspectiva feminista do Direito, quando o feminismo em si exerce uma de suas funções, no caso, o de desconstruir lugares comuns que “sempre” existiram, sobretudo no espectro científico, enquanto não havia um espaço histórico – como a democracia hoje - que recepcionasse os “invisíveis”.

2.1.2 Propriedade Sexual e Autoderminação do Próprio Corpo: Poder e Maternidade Compulsória

Os corpos das mulheres sempre foram vistos como meios pelos homens. A diferença dos sexos que marca os corpos ocupa uma posição central na história, que é uma história física, estética, política, ideal e material, da qual foi-se tomando consciência progressiva, haja vista que não é o mesmo ser mulher na idade média e ser mulher no século XXI (PERROT, 2016, p. 41). O peso de definição da linguagem relativo a “ser mulher” em períodos históricos diversos, como tratado em 2.1.1, atribui muito na condição de significação daquilo que se representa numa estrutura posta de simulação do que se diz ser.

Fatores biológicos se dissolvem no existencial, e as mulheres são controladas e vigiadas a partir de uma estrutura que a condiciona de modo assecuratório para que exerça a maternidade de modo satisfativo. A precaução é um ingrediente antigo na educação das mulheres, condicionada a passar mais tempo dentro de casa que os meninos, requisitadas para as tarefas domésticas e já se adiantando/preparando aos cuidados das crianças, posto que futura mãe. Desde muito jovens seus processos de aprendizado são dedicados ao “cuidar” (PERROT, 2016, p. 42-46).

O ideal de uma mulher perfeita atravessada por preceitos religiosos se encontra na negação de sua sexualidade e seus desejos, método eficaz de controle dos corpos femininos através da fé. O modelo ideal de mulher torna-se o da Virgem Maria, mãe silenciosa que

acompanha seu filho, e virgem, como dogma de fé e postura das mulheres sensatas para quais Deus volta seus olhos.

O poder patriarcal é exercido através da violência – seja física ou simbólica – aos corpos das mulheres, desde o sacrifício de mulheres à Inquisição, a estruturação da ordem da docilidade e submissão relacionada a elas: a desobediência ou inutilidade (esta vinculada ao corpo: desde a capacidade reprodutiva aos préstimos em domesticidade) implicava em rejeição. Criou-se assim o “feminino”, meio eficaz de docilizar aquelas marcadas como mulheres e nele se cabe tudo o que é estruturalmente negativo em significados relacionados ao comportamento de mulheres, a fim de alocar as mesmas numa estrutura estético-moral evidenciada pela aceitação e incorporação social discursiva (TIBURI, 2018, p. 50).

A virgindade das moças é cobiçada, cuja obsessão na preservação de tal “qualidade” é uma tarefa social e familiar, implicando desgraça àquela que sucumbe aos desejos da carne. No casamento, a virgindade é seu capital mais precioso (PERROT, 2016, p.45).

Infeliz daquela que se deixa capturar. Torna-se para sempre suspeita de ser uma mulher fácil. Uma vez deflorada, principalmente se foram muitos os que o fizeram, não encontrará quem a queira como esposa. Desonrada, está condenada à prostituição. No século XIX, somente o estupro coletivo é suscetível de punição pelos tribunais. No caso de estupro cometido por apenas um homem, a jovem (ou a mulher) é quase sempre considerada complacente: ela poderia ter-se defendido. [Na França] O Estupro é julgado em tribunais correccionais, a título de agressão com ferimentos”. Será qualificado como “crime” pela lei apenas em 1976. (PERROT, 2016, p.45)

Em relação à compreensão do estupro atualmente, muito devido à criminologia feminista, que estuda como o patriarcado atravessa o crime (e suas variáveis), observa-se que se trata de um fenômeno doméstico⁴³, no sentido de que o agressor (não necessariamente o companheiro) é conhecido da vítima, guardando relação de intimidade/habitualidade ou parentesco (especialmente afetante de meninas menores), e que ocorre num ambiente em que a vítima se identifica; a imagem do “pervertido” que ataca em locais ermos é vocativa no imaginário desse tipo penal, mas dados do IPEA apontam pela domesticidade na margem de 70%⁴⁴.

⁴³ Em situações de violência doméstica em geral (aqui no sentido amplo daquelas perpetradas pelo agressor por quem a vítima mulher guarda relação de afeto) Mariana de Assis Brasil e Weigert observa que, citando a criminóloga espanhola Elena Larrauri, a questão de gênero é fundamental nesses delitos, e manifesta que, exemplificativamente, nos casos em que há embriaguez como gatilho de “transformar” o agressor num sujeito violento, essa violência não é manifestada em uma vítima que ele se entenda numa situação de igualdade – como amigos, ou superior hierárquico no trabalho – mas na mulher (ou menores, idosos, deficientes, etc.). Ou seja: necessariamente submete a uma condição inferiorizante do outro (WEIGERT, 2017).

⁴⁴ Mais nos links: < https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/.../140327_notatecnicadiest11.pdf >

Chama ainda a atenção que muito mais do que a satisfação de libido sexual, o que está colocado no estupro é efetivamente uma violência que se realize a tal ponto de que a mulher saia humilhada e oprimida, num estabelecimento de relação de poder, na hierarquização do gênero⁴⁵, que dá a esse masculino a “autorização” do domínio e objetificação do corpo da mulher, que machuque e fira de modo que por vezes autoriza ainda sua divulgação em vídeo, equivalente a uma espécie de vitória e triunfo comprovada num ritual de virilidade, como exemplificativamente ocorreu no caso (amplamente divulgado pela imprensa⁴⁶) da jovem que teria sofrido estupro coletivo por cerca de 30 (trinta) homens, no Rio de Janeiro (WEIGERT, 2017).

A vinculação da mulher com seu corpo ao sexo – e a seu comportamento sexual – como fetiche masculino é algo observável dentro da narrativa histórica de personagens femininas – quando elas aparecem ou passam a ser consideradas. Se por um lado Joana D’Arc adentrou historicamente como figura de liderança louvada como donzela heroica, símbolo de pureza e inspirada nas virtudes da mãe de Cristo (e posteriormente considerada santa pela Igreja, num ato de *mea culpa* após queimá-la na fogueira da Inquisição por se vestir como homem⁴⁷), Cleópatra, por sua vez, sempre que retratada, não obstante ser exímia estrategista

< <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/08/quase-70-dos-estupros-acontecem-em-ambientes-domesticos-diz-policia.html> > ; < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/estupro-onde-mora-o-perigo-6452.html> > Acesso em 03 de Janeiro de 2018.

⁴⁵ Refere-se nesse sentido de hierarquização de gênero, posto que não há equivalência do estupro entre homens que se reconheçam nesse pertencimento de masculinidade tóxica (cis e hétero), que determina o papel da violência como ação de “macho”, e nisso o termo gênero é utilizado adequadamente no parágrafo, posto que há violência sexual no mesmo sentido que vitimiza sujeitos trans ou homossexuais “afeminados” (casos de “estupro corretivo”, por exemplo), que agem como “mulherzinha” – termos tidos como pejorativos na linguagem (que também é misógina...) e que revelam que ser estar no espectro do “feminino” dá alguma autorização para que tais sujeitos exerçam esse domínio.

⁴⁶ Aqui, notícias veiculadas sobre o caso, à guisa de referência: < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html> >; < http://www.huffpostbrasil.com/2016/05/26/30-homens-estupraram-uma-menina-e-divulgaram-o-video-na-interne_a_21683864/ >. Acesso em 03 de Janeiro de 2018. Saliente-se que neste exemplo do texto, a fim de ratificar a referência usada, trata-se de caso ocorrido em ambiente de classe menos favorecida economicamente, porém é importante destacar que não é um fenômeno isolado por este recorte (o de classe), como demonstra-se pelo simbólico caso de jovem de classe média-alta londrinense condenado, cujo *modus operandi* deu-se de maneira similar ao caso mais afamado. Mais em < <http://www.bonde.com.br/bondenews/londrina/londrina-condenado-em-duas-instancias-por-estupro-de-vulneravel-e-inscrito-na-oab-403642.html> > Acesso em 03 de Janeiro de 2018.

⁴⁷ Yvonne Knibiehler (2016, p. 104-109) ensina que a condição de donzela, mística e guerreira de Joana d’Arc em sua excepcionalidade e reação de seus contemporâneos a uma figura como ela é esclarecedor sobre as normas, transições e transgressões do período. Desinteressada em casamento e imbuída do que chamava de uma vontade divina advinda de suas visões místicas, narra que “*Joana não se cuida, permanecendo a cavalo dias inteiros, sem comer ou beber, sem urinar ou transpirar. Come pouco, sempre jejuando, especialmente às sextas-feiras. Comunga com frequência, considerando a hóstia sagrada um alimento, e chora muito. Tais comportamentos caracterizam as místicas de todas as épocas; elas frequentemente constatam o desaparecimento de suas regras e se regozijam por isso*” (p. 107), reforçando a aura de santidade que a cercava. Quando, no início do século XV, pega em armas, transformando-se em guerreira, embaralha a ordem estabelecida ao negar a diferença entre homem e mulher, posto que o escopo militar sempre fora relacionado ao

política, tal fica relegado a segundo plano, tendo seus predicados de sedução sempre citados como meio para manutenção de seu poder, necessariamente vinculando a mulher a seu corpo para se estar em evidência. Num paralelo, não obstante estupros e casamentos de conveniência serem padrão entre a nobreza e burguesia ascendente, o comportamento sexual dos homens públicos pouco é evidenciado, sendo as narrativas de suas vidas concentradas nos feitos políticos – nem sempre precisos, e muitos mesmo floreados como legado à posteridade de modo a ser romantizado.

No que tange ao casamento no século XX, quando os arranjos pelos familiares se tornam *démodé*, o amor romântico acontece, mas ainda como em termos de troca: se antes era o dote, agora passa a ser a beleza e a atração física, passando a ser o próprio corpo da mulher e seus “encantos”, antes tidos como manifestações pecaminosas de sedução, capitalizados. A mulher, quando casada, passa da dependência do pai para a dependência do marido, que a possui fisicamente, incluindo-se aí juridicamente – designado pelo sobrenome - ao ponto de a ele ser permitido “corretivos” físicos (fig. 3); “dona de casa”, mas obediente ao marido, que é dono dela, proscrita dentro do dever conjugal e que nele habita a maternidade.

A beleza passa assim a ser atributo desejado, e a juventude feminina, por vezes infantilizada em sua submissão (fig. 4), condição de dominação e de cobranças a mulheres sempre jovens (fig. 5), da sensualidade e curvas femininas como objeto de desejo masculino (muito presente em meados do século XX, eternizados pelas divas hollywoodianas) substituiu-se pelo culto da magreza quase doentia (fig. 6 e 7). A beleza física da mulher muda em conformidade com a conveniência do olhar masculino e o controle sobre seus corpos avançam.

masculino. Ela recebe suas armas com respeito, mas não demonstra prazer na guerra. Sua bandeira política tem mais força no que representa, com grande dimensão moral e religiosa, buscando purificação, reformas e salvação. *“Destaquemos, porém, que as armas de Joana chocam menos que suas roupas masculinas. Nessa época, a maneira de se vestir está pouco relacionada a uma escolha pessoal; o hábito faz o monge, indica o sexo, a condição social, a profissão, a função. Acompanha as idades da mulher, exprime sua modéstia e submissão. A legislação canônica e os regulamentos municipais se complementam para delimitar os usos: se travestir só é permitido nos dias de carnaval. Joana usa roupas de homem e corta seus cabelos assim que sai de Vancoulers; não para enganar seu próximo, mas por simples prudência, para viajar em maior segurança. Em seguida, continua a vestir roupas de homem para cavalgar e combater. Ao longo de seu processo, seus acusadores a reprimirão duramente por isso, como um sacrilégio. Evocarão o Deuteronomio (capítulo 22) para provar que o próprio Deus impôs aos homens e às mulheres o uso de roupas diferentes; citarão o apóstolo Paulo, que insiste com as mulheres para que usem véu. Finalmente a condenação de Joana e seu suplício terão por principal motivo o fato de ela ter voltado a usar suas roupas de homem na prisão. Declarada herege e reincidente, ela é condenada à fogueira e queimada viva em Rouen, em 1431. É reabilitada em 1456, pois é do interesse do Rei Carlos VII. Será preciso esperar pelo século XX para assistir a sua beatificação (1919) e sua canonização (1920): desta vez por interesse da Igreja. Em seu tempo, Joana manifestou não só o poder misterioso das donzelas, mas também a realidade de seu declínio.”* (p. 108-109).



(Figura 3. Propaganda de um livro, nos anos 1950, que dizia explicar porque se deve bater em suas esposas. Fonte: < <https://www.verbicidemagazine.com/2012/07/11/10-bizarre-misogynistic-vintage-magazine-advertisements/> > Acesso em 12/Novembro/2017)



(Figura 4. Propaganda cosmética que diz “Love’s Baby Soft. Porque inocência é mais sexy do que você pensa” Propaganda de 1974. Fonte: < http://www.huffingtonpost.it/2013/12/03/pubblita-degli-anni-50-che-oggi-ci-farebbero-rabbrivire-foto_n_4376773.html >. Acesso em 12/Novembro/2017).



(Figura 5. Propaganda da Palmolive, com a capitulação “A maioria dos homens perguntam ‘Ela é bonita?’ e não ‘Ela é inteligente?’” Propaganda dos Anos 1940. Fonte: < <http://www.propagandashistoricas.com.br/2015/02/dez-propagandas-antigas-machistas-parte.html> >. Acesso em 12/Novembro/2017)



(Figura 6. Diz que “Homens não abordam garotas que são magras. Tome Super Water-on” (tradução livre). O corpo da mulher vende conforme o mercado entender a necessidade, sempre normalizando e centralizando a figura do homem. A propaganda é de 1967. Fonte: < <https://brandnewretro.ie/2013/06/20/4-more-super-wate-on-adverts-from-1967/> > Acesso em 12/Novembro/2017.)

“Any protein cereal helps keep you the same size
...as long as it's
Post Grape-Nuts”



(Figura 7. Propaganda de cereal que diz “Qualquer cereal proteico te ajuda a se manter do mesmo tamanho... desde que seja Post Grape-Nuts” (tradução livre). A imagem sugere que tal saber é tradição e se aprende com as boas mães, que educam suas filhas a se manterem esbeltas. O “Fat Shaming” é um método usual de controle e imagem do corpo. Propaganda da década de 1950. Fonte: < http://www.huffpostbrasil.com/entry/vintage-ads-grape-nuts-fat-shaming_n_3349684 > Acesso em 12/Novembro/2017)

O corpo da mulher vende – de carros a cerveja. A mulher é meio, a mulher e seu corpo são objetos para satisfação masculina. A mulher é inferiorizada e culturalmente tal condição é reforçada pelos estereótipos midiáticos (que não passam de manifestações reiteradas de atos normalizados nas sociedades) como objeto publicitário e submetida ao poder masculino. O corpo feminino, ou mesmo sua sugestão, capitaliza, e tal é realizado pela erotização de sua imagem que provoca a satisfação no olhar a partir de um ponto de vista estruturado no prazer patriarcal e numa moral e valores estruturados para tal satisfação, como busca-se argumentar através das figuras.

Mulvey (2008) utiliza da psicanálise para fomentar a percepção da diferença sexual – no cinema, mas seu estudo se aplica na ordem da comunicação de massa em geral, dos cliques musicais à propaganda – e do prazer no olhar estruturados a partir do inconsciente patriarcal.

A mulher, desta forma, existe na cultura patriarcal como o significante do outro masculino, presa por uma ordem simbólica na qual o homem pode exprimir suas fantasias e obsessões através do comando linguístico, impondo-as sobre a imagem silenciosa da mulher, ainda presa a seu lar como portadora de significado e não produtora de significado. (MULVEY, 2008, p. 438, apud LIMA, 2010, l. 481)

A sujeição da mulher em seu corpo e a partir da sua sexualidade condicionante é a partir do objeto de significado dado pelo masculino, na ordem do patriarcalismo que define a estrutura fundamental da ordem do ser.

Importante pensar uma estrutura de feminismo hoje como necessária a partir também do reflexo da estrutura social, cujas implicações são muito mais sofisticadas do que cabe em pedir-se pela “igualdade”, conceito vazio e que pode caber muita coisa, inclusive a perpetuação da opressão, posto que se necessita definir em relação ao que se pretende igual e/ou se (re)definir como sujeito, e necessariamente e invariavelmente redefine o masculino e a ordem dos corpos; passa também na estrutura semiótica e da ideia de ser mulher, em seu significante e significado, (res)significando-se como sujeito mulher e (res)significando-se como sujeito homem dentro de uma estrutura de transformação, haja vista se pensar na readequação da mulher, rompendo com uma estrutura de dominação, sob pena de se inverter os polos ou se submeter a uma estrutura pensada pelo e para o masculino, que se aloca na ordem das coisas como “normal”, naturalizado assim hierarquicamente, mantendo a mulher, ou o feminino ou aquilo que se refere a tal grupo numa estrutura de alteridade ainda orbitando na condicionante do macho/masculino/homem como padrão, mantendo o corpo da mulher como espaço de dominação da “normalidade”.

Mesmo assim, a mulher ainda é, historicamente, antes de tudo, uma imagem. Em público lhe cabe o silêncio. Ela deve ser vista como objeto de sedução. A beleza é um capital na troca amorosa ou na conquista matrimonial. As feias caem em desgraça, até que o século XX as resgate, por interesses econômicos num mercado muito lucrativo: todas as mulheres podem ser belas, somente precisam usar os cosméticos e as maquiagens corretas, vendem as revistas; com o vestuário igualmente, dada a importância da moda no papel das aparências (PERROT, 2016, p. 50). Todavia, a “beleza” em si é um significante vago em que cabem muitas significações no decorrer do tempo.

Primeiro mandamento das mulheres: a beleza. “Seja bela e cale-se [...]”, é o que se impõe, desde a noite dos tempos talvez. Em todo caso, o Renascimento, particularmente, insistiu sobre a partilha sexual entre a beleza feminina e a força masculina. Georges Vigarello mostra as modificações do gosto e, principalmente, a valorização das partes do corpo de acordo com as épocas. Até o século XIX, perscruta-se a parte superior, o rosto, depois o busto; há pouco interesse pelas pernas. Depois o olhar desloca-se para a parte inferior, os vestidos se ajustam mais à cintura, as bainhas descobrem os tornozelos. No século XX, as pernas entram em cena, haja vista a valorização das pernas longilíneas nas peças publicitárias. Progressivamente, a busca da esbeltez, a obsessão quase anoréxica pela magreza sucedem à atração pelas generosas formas arredondadas da “bela mulher” de 1900. (PERROT, 2016, p. 50)

A partir da conquista dos espaços laborais – da saída do ambiente eminentemente privado ao qual era submetido a mulher em sua “normalidade”, ao espaço público, no sentido de fora da domesticidade familiar – gerou-se uma nova hierarquização tanto declarada como subliminar que mantém a mulher distante dessa organização, estruturada de modo masculinizado e necessariamente desconsiderando a invisibilidade do trabalho doméstico como vetor.

Naomi Wolf (1992) discute a relação e o papel da mulher na economia e na importância social estruturante como sujeita a condições subjetivas de reavaliação em expectativa de alcance de beleza numa ordem de coisas que submetem meninas ainda crianças a se sentirem valorizadas a partir de seus corpos e de sua magreza – única beleza possível – e que passa a controlá-las a partir disso. A submissão das estruturas históricas de violência – sejam físicas e/ou psicológicas impostas às mulheres na ordem da naturalização e mesmo na ordem do conceito – sempre em mutação – do alcance do “belo” (seja ele travestido da medicalização da “feiura” e daquilo que se relaciona ao “feminino” e da incorporação disso como padronizado e submissível sempre através da estruturante masculina como regra e normalizada). Nesse mesmo sentido, na padronização e controle dos corpos femininos, pela dominação e submissão através do círculo perverso da “indústria da beleza”, condicionante do feminino em um único modelo e formato de corpo como ideal – em função do masculino, - bem como na utilização da beleza como capital do gênero, escreve Joana de Vilhena Novaes (2006, p. 83-90).

Wolf defende que o sexo das mulheres lhe era relacionado pela dor e pela dominação, e o esforço e sofrimento para a beleza, condicionados à submissão masculina. A dor era inata da mulher, por sua função reconhecida de maternidade, logo o parto, febre puerperal e riscos de hemorragia e aborto, todos vinculados a dor. Mesmo o prazer sexual da mulher lhe era negado – sequer reconhecido como existente. Da liberação sexual obteve-se a transformação e defesa da sexualidade feminina, onde então se superaria *a priori* a dor:

Com essa estranha e recente ausência da dor feminina, o mito colocou a beleza em seu lugar. Pois, tanto quanto as mulheres pudessem lembrar, alguma coisa em ser mulher sempre doía. [...] Mas nem as mulheres nem a ordem social masculina podiam se adaptar de forma tão abrupta a um presente no qual o fato de ser mulher não era caracterizado e definido pela dor. Hoje, o que dói é a beleza. (WOLF, 1992, p. 291)

Wolf centra a identidade (sexual) feminina na dor, passando a não se reconhecer sem a dor num exercício lógico: se o sofrimento é a beleza e a beleza é amor (afinal, ela necessariamente precisa de um homem para mantê-la), ela não pode ter certeza de ser amada

se não sofrer, o que condiciona um corpo feminino a vincular o desejo à dor (WOLF, 1992, p. 292).

A mulher com sua beleza é assim compreendida em todas as esferas que ocupa como objeto de desejo sexual masculino, mas esse não é um caminho de duas vias. O desejo sexual da mulher lhe é negado, mesmo desconhecido que era. A “histeria”, doença nervosa que acometia as mulheres em razão de sua condição de mulher (do grego *histero* = útero) foi amplamente medicalizada no início do século XX, e o erotismo feminino, a partir de sua perspectiva, é algo ainda incipiente, senão desconhecido, posto que se referencia através do sujeito homem, tido por muito tempo como sexo único (às mulheres era negada a existência reconhecida).

Esse modelo hierárquico do sexo único era tão pregnante no imaginário social que, apesar das disseções anatômicas do corpo terem sido banalizadas desde o Renascimento, os livros de anatomia eram sempre construídos sobre o corpo masculino, na medida em que o saber e o ensino se fundariam no ideal da perfeição masculina, verdade decisiva a ser evidenciada pela anatomia. (BIRMAN, 2006)

Manifesta ainda Birman que, para readequar historicamente o discurso de igualdade em voga no iluminismo e em seu ápice na Revolução Francesa, foi necessário reconhecer a existência das mulheres, mas hierarquicamente, de forma que a naturalização da diferença sexual foi a solução encontrada para o impasse. A verdade científica dos novos tempos era que o homem e a mulher teriam naturezas biológicas diferentes, das quais derivariam características morais também diversas. Com isso, a dominação masculina foi restabelecida – dessa vez não se nega a mulher, mas a coloca em inferioridade por uma naturalização da própria natureza, que assim o quis, explica afinal a razão – esta, de prerrogativa dos homens.

Assim, a conformação anatomofisiológica do corpo feminino destinava as mulheres inequivocamente para a maternidade, de forma que, como pólo da Natureza, elas estariam fadadas à reprodução, ao calor e ao afeto, que as conduziam à amamentação e aos cuidados com a prole. Com isso, teriam um menor desenvolvimento das faculdades intelectuais, o que lhes conferiria uma imaturidade essencial que justificava a subalternidade perante os homens. Estes, em contrapartida, representavam a Cultura pelos traços evidentes de sua racionalidade e pelo domínio que faziam de sua afetividade pela razão, que os destinava à ação no espaço social. (BIRMAN, 2006)

Da sexualização rentável ao papel social de mãe, que passa a significar a mulher como imagem, agora orbitando ao bebê – antes, orbitava a necessidade do anseio masculino, e como mãe se referencia como tal em relação a prole. Na ordem do discurso, é evidente a incorporação e a reprodução de enunciados que vinculam a mulher aos espaços domésticos e dos cuidados como espaços eminentemente femininos (LIMA, 2010, l. 2707)

A maternidade retira a sensualidade da mulher – até então sua característica preponderante - e a coloca no patamar sacralizado de “mãe”, cuidadora, que se nega pela prole, e tal negação é em todos os aspectos da sua vida: em sua condição feminina, na negação das possibilidades de progressão de carreira (nem sempre voluntárias), se negar como sujeito. Ela passa a ser “mãe”, essa é sua identidade e sua definição a partir daí. Historicamente, a maternidade é vinculada às “moças direitas” e seus órgãos genitais apenas podem ter essa vinculação, num tom de obrigatoriedade e destino que relegam a utilidade da mulher para tanto, em que seu período de validade fica equivalente a seu período de fertilidade, utilizando as estruturas oficiais de controle dos corpos pelo discurso dominante, seja vinculado majoritariamente à fé, à ciência ou a moral dominante estatal.

Cobrando totalmente o corpo da mulher, a Reforma Católica acentuou o pudor, afastando-a de seu próprio corpo. Eis porque dirigir o olhar ao sexo feminino prenunciava um caráter debochado, bem representado nos poemas de Gregório de Matos, que, ao despir a mulher, encontrava seu “cono”, “o cricalhão”, “a fechadura” ou “Vênus”. Os pregadores barrocos preferiam descrevê-lo como a “porta do inferno e entrada do Diabo, pela qual os luxuriosos gulosos de seus mais ardentes e libidinosos desejos descem ao inferno”. A vagina só podia ser reconhecida como órgão de reprodução, como espaço sagrado dos “tesouros da natureza” relativos à maternidade. Nada de prazer. As pessoas consideradas “decentes” costumavam se depilar ou raspar as partes pudendas para destituí-las de qualquer valor erótico⁴⁸. Frisar, pentear ou cachear os pelos púbicos eram apanágio das prostitutas. Tal lugar geográfico só podia estar associado a uma coisa: a procriação. (DEL PRIORE, 2011, l. 341-362)

Tornar-se mãe é uma dádiva e um desejo de muitas mulheres, que depositam suas expectativas nesse momento da vida, e o aguardam com ansiedade. Mas essa romantização da maternidade encoberta as responsabilidades e o dever de cuidado decorrentes do ato que usualmente recaem quase que integralmente na mulher, além de uma estrutura compulsória condicionante da completude da mulher a partir da maternidade. Reflexos de ordem física, psicológica, econômica e social, bem como familiares, são deixados de lado na imagem ideal da “mãe”.

A maternidade é uma realidade multiforme; é fonte de identidade e diferenciação reconhecida. É um momento e um estado, portanto a necessidade de se promover o

⁴⁸ A autora explica que os pelos pubianos eram a expressão máxima de sensualidade do corpo maduro e do erotismo feminino, até mesmo por isso as imagens do período do renascimento são retratadas sem pelos, com o escopo de trazer a devida inocência para as obras (e posteriormente veio a sexualizar crianças e negar o corpo feminino amadurecido). A América (e seus nativos) era nua não porque sensual, mas porque singela, humilde e despojada, enquanto a Europa era retratada com tecidos e ornamentos, ostentando seu poderio. Ainda assim, o corpo nu era concebido como foco de problemas duramente combatidos pela Igreja: luxúria, lascívia e pecados da carne, vinculados às mulheres nativas, que além de não se vestir, tinham comportamento sexual livre. (DEL PRIORE, 2011, l. 128)

“sentimento maternal”, que foi delineado e generalizado a partir dos séculos XVIII e XIX como método de poder e controle. *“Como a função materna é um pilar da sociedade e da força dos Estados, torna-se um fato social. A política investe no corpo da mãe e faz do controle da natalidade uma questão em evidência”* (PERROT, 2016, p.69).

O controle dos corpos das mães pelo Estado como exercício de poder existe em conformidade com a conveniência vigente a seu tempo.

Nos manuais médicos portugueses, influentes nas ciências do Brasil-colônia e essencial para o resíduo cultural vigente, se limitavam a repetir os mestres clássicos (Aristóteles, Plínio, Galeno e Alberto) ao definir a mulher como matrizes, ou madres, cuja função reprodutiva era sublinhada, excluído o prazer, a função do *“amor Veneris dulce appellatur”* sequer era lembrada, não interessando se a mulher era capaz de gozar ou não⁴⁹, tendo suas funções biológicas mal estudadas, reduzindo-as as bestialidades e desconhecimento, vinculadas ao pecado; o útero seria algo dominante no corpo da mulher que a possuía de tal forma a dominar sua condição, justificando sua condição de reprodutora tão somente e incapaz de racionalidade, sendo o útero alimentado pelo espírito vital do homem, cuja característica era a de amar apaixonadamente algo e de aproximar-se do membro masculino gerando neste prazer, cujo aspecto mais tocante era o desejo inacreditável de conceber e procriar... A mulher é um ser assexuado envolta do útero, e cuja função é a única de ser mãe. A mulher carrega por séculos a condição de herdeira de Eva, responsável pela expulsão do homem do paraíso e por sua queda. O prazer feminino é amaldiçoado ao ponto de, de acordo com santo Agostinho, no julgamento final, ressuscitarem como homens, para não tentarem os demais por sua carne funesta (DEL PRIORE, 2011, l. 385-406).

Como ninguém foi perguntar a elas sobre tal condição posta de maternidade, com frequência se conheceu a recusa a tanto. Na França do Século XVII infanticídios e abortos eram bastante praticados, inclusive como método de regulação de natalidade. O infanticídio era uma prática rural que também ocorria nas cidades, não obstante sua maior dificuldade, e

⁴⁹ Discussão, diga-se, ainda recente na medicina – se mulher goza, se mulher ejacula, se existe o “ponto G”, cujos estudos influenciam nas pesquisas da saúde da mulher, por exemplo, pouco se sabe sobre a endometriose, e a violência obstétrica é uma realidade, o que fica mais acentuado pelo recorte de raça e classe, em que mulheres negras e pardas sofrem ainda mais discriminação. Disponível em < <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Parto/noticia/2017/08/o-que-e-violencia-obstetrica-descubra-se-voce-ja-foi-vitima.html> >; < <http://www.otempo.com.br/cidades/viol%C3%Aancia-obst%C3%A9trica-atinge-25-das-mulheres-no-brasil-1.1572870> >; < <https://www.geledes.org.br/gravidas-pardas-e-negras-recebem-menos-anestesia-no-parto/> >; < <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,pretas-recebem-menos-anestesia-imp-703837> >; < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u51689.shtml> >; < https://www.vice.com/pt_br/article/gv35vw/dados-violencia-no-parto-brasil >. Acesso em 11 de Fevereiro de 2018.

foi veementemente reprovado a partir do século XIX. O aborto, no entanto, era muito mais tolerado, posto que o feto não representava nada.

Parteiras, curandeiros, médicos clandestinos, prestavam-se a tal prática, mas o faziam às ocultas e em condições sanitárias quase sempre deploráveis, ligadas à clandestinidade. Era praticado não somente por mulheres que não eram casadas, mas também por mães de família múltiparas que viam no aborto o único meio de limitar o tamanho de uma família que elas consideram já suficientemente numerosa. [...] Após a hecatombe da Primeira Guerra Mundial, as leis de 1920 e 1923 reforçam uma repressão que visa não somente a coibir o aborto, mas também a propaganda anticoncepcional, que tem muita dificuldade em se fazer ouvir. (PERROT, 2016, p. 71)

Trata-se de método de controle estatal para finalidade de repovoar o Estado. O mesmo método foi usado no Brasil de quando determinada a lei em 1940, e não obstante as mesmas condições não serem mais vigentes, o poder moralizante do argumento contaminou e tornou-se moeda de troca política, como já explorou-se. Necessariamente, a vedação do aborto no Brasil implica na obrigação de levar a gravidez adiante.

O local de corpo submisso estrutural da mulher traça equivalências, de acordo com Marcia Tiburi ao citar Emma Goldman⁵⁰, entre prostitutas e esposas. Ambas estão submetidas ao patriarcado seja vendendo o corpo na condição de trabalho sexual ou entregando-se aos trabalhos domésticos, reprodutivos e sexuais em troca de alimento e teto, sempre à sombra dos homens (TIBURI, 2018, p. 36).

Todas as mulheres a serviço dos homens e da ideia conservadora de família que serve aos homens e aos espíritos aprisionados em ideologias tais, como não deixam de ser a maternidade e a sensualidade às quais as mulheres são condenadas e, ao mesmo tempo, estranhamente seduzidas. Não há nada mais absurdo para o patriarcado do que o direito ao corpo. Assim como é importantíssimo que as mulheres sejam donas da própria sexualidade e do todo do seu corpo, elas devem ser donas de seu corpo reprodutivo. As mulheres precisam reivindicá-lo, porque o corpo feminino, assim como o corpo marcado como negro e o corpo usado – como o do operário -, precisa ser devolvido a si mesmo. O feminismo nos ensina a lutar por isso. A lutar por um mundo em que os corpos e, com eles, a dignidade das pessoas, possam ser resgatados. (TIBURI, 2018, p. 36-37)

Logo, diz-se que a maternidade no Brasil é compulsória não somente porque ela é romantizada como um estado de graça e esplendor, mas porque a partir do momento em que

⁵⁰ Emma Goldman trata sobre a valorização do trabalho das mulheres na estrutura de classes no artigo “*La Prostitución*”, e analisa que a estrutura patriarcal é que subsume a mulher, tendo como saída de “autonomia” se prostituir, manifestando que: “*En ninguna parte se trata a la mujer de acuerdo al mérito de su trabajo; por eso, ese procedimiento es todavía más flagrantemente injusto. Es imperiosamente inevitable que pague su derecho a existir, a ocupar una posición cualquiera mediante el favor sexual. No es más que una cuestión de gradaciones que se venda a un hombre, casándose, o a varios. Que nuestros reformistas lo admitan o no, la inferioridad social y económica de la mujer, es directamente responsable de su prostitución.*” Mais em < <https://www.marxists.org/espanol/goldman/1910/005.htm> >. Acesso em 31 de Março de 2018.

a mulher se vê grávida a ela não cabe mais decidir se aquele é ou não um bom momento para ela suportar uma nova vida em sua vida. O aborto não sendo uma opção legal e a maternidade não sendo efetivamente uma matéria de preocupação social do Estado, com investimentos em creches públicas, saúde e educação, torna a obrigatoriedade de ser mãe a qualquer tempo um ônus suportado (quase que)⁵¹ exclusivamente pela mulher, levando às mulheres que não possuem condições socioeconômicas e familiares de suporte a recorrer a serviços de ilegalidade para resolver aquilo que para elas se mostra como um problema profundo. Além: essa é mais uma forma de dominação nos corpos das mulheres exercidos pelo Estado, posto que gerar uma nova vida imputa custos sociais e econômicos elevados.

Mais uma vez o recorte de classe e raça incide com maior crueldade nesse aspecto: mulheres de baixa renda e escolaridade, bem como mulheres negras, que tendem (por fatores socioculturais) fazer parte deste grupo em maior porcentagem, ficam num regime de instabilidade permanente. O emprego informal (trabalhos como diaristas domésticas, babás) é uma realidade, e muitas vezes agravam a condição de exclusão imposta. O trabalho invisível exercido pela mulher tende a ser desconsiderado como fator econômico, ou quando internalizado na estrutura, considerado socialmente como “menos nobre” do que trabalhos vinculados à ordem do masculino. Mesmo com alguns séculos e revoluções depois, essa lógica da invisibilidade das mulheres continua atuante as excluindo. Embora tenham oportunidades de emprego assalariado, o acesso ao mundo econômico não é igualitário e ainda possuem o maior, quando não todo, o trabalho doméstico como seu.

Katrine Marçal (2017, l. 132) disserta que a história nos é narrada como se somente “a partir da década de 1960 as mulheres foram trabalhar”, o que é uma inverdade. Nem mesmo tal ocorreu após/durante a Segunda Guerra pela necessidade de mão de obra bélica. As mulheres sempre trabalharam. O ponto nevrálgico é que sua mão de obra não era considerada por valores econômicos e monetários: do trabalho doméstico passaram a ser alocadas no mercado e pagas por sua mão de obra, inicialmente em trabalhos “menores” como cuidadoras, enfermeiras, secretárias, professoras do ensino fundamental e magistério (atividades consideradas “femininas” e de menor competitividade intelectual) e mais recentemente em cargos antes reservados ao espectro do “masculino”, mais nobres, como cargos de liderança,

⁵¹ As estruturas de suporte ainda são femininas e familiares, restando em âmbito privado, não público, quando as avós e tias criam uma rede de auxílio e suporte da mãe que trabalha. Na Europa, já se tem estudos da participação dos cuidados e na economia referindo-se a avós diante desse contexto. Mais em < <http://g1.globo.com/bemestar/blog/longevidade-modo-de-usar/post/quanto-vale-o-trabalho-de-avos-que-cuidam-dos-netos.html> >. Acesso em 22 de Novembro de 2017.

médicos, advogados, etc. O que é uma mudança social e econômica significativa, posto que metade da população levou sua mão de obra de casa para o mercado e trouxe consigo características e necessidades da ordem de tal público - necessidades consideradas “femininas”, numa estrutura feita para considerar o “normal” como equivalente ao masculino.

Manter a mulher em condição de alteridade nesses ambientes estruturados para ter o “normal” masculino é uma função muito bem exercida pelo Direito como controlador oficial do discurso do poder, desde a negação de consideração da personalidade jurídica plena da mulher em suas capacidades de gerir sua vida e patrimônio, que condicionou as mulheres que não encontravam um “bom” casamento ou que “caíssem em desgraça” a comercializarem seu corpo na prostituição (fenômeno esse que se vivencia na atualidade com as mulheres trans, que afastadas do convívio social familiar e sem suporte estatal encontram único caminho de sobrevivência nas ruas), à forma de tutela destes mesmos corpos sexualizados e a serviço do masculino pelo Direito Penal, internalizada como se da ordem do natural e biológico alimentando uma estrutura de segregação por não se rever em sua base estruturante conceitual e não se pensar através de uma dogmática inclusiva.

2.2 DIREITO COMO EXPRESSÃO DO PATRIARCADO

Na estrutura social, a condição da mulher é de alteridade, como “outro” – antes era negada, e posteriormente, secundarizada. E tal, sobretudo com o comprometimento discursivo constitucional em acatar a igualdade formal como posição de legitimação e em gênese, além de meio (eficaz) de relativizar pautas dos grupos menos favorecidos historicamente - se dá de modo não declarado, como de condição das opressões em geral, que se perpetuam irrelatadas porque da ordem do ignorado, não da inexistência; bem como resultado do discurso oficial corroborado por filósofos e pensadores em toda a história da humanidade, reproduzindo o falocentrismo⁵² por meio de legislação - o que implica na aferição de legitimidade à estrutura sociocultural. Logo, a reprodução do *habitus* da mulher na perpetuidade da dominação masculina implica em que para desmascarar a hegemonia cultural falocentrada seja necessário contabilizar os fatores institucionais da repetição da divisão de gêneros para que se revele, e o papel coringa do Direito tanto na manutenção como na desconstrução de tal.

⁵² Bourdieu utiliza os termos “androcentrismo” e “androcêntrico” em *A Dominação Masculina*, obra referenciada. Entretanto, com a finalidade de manter uma unidade terminológica, utiliza-se neste texto o termo “falocentrismo/falocêntrico” em substituição.

O patriarcado representa a estrutura que organiza a sociedade como posta em vigência numa ordem de favorecimento para alguns e submetendo os favorecidos obrigatoriamente sob pena de violência e morte (TIBURI, 2018, p. 59) e de modo mais sofisticado pela vigência estruturante da normatização estatal.

É importante compreender o papel que o Estado possui ao ratificar e reforçar as prescrições e proscricções do patriarcado privado como se público fosse, com a finalidade de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica (BOURDIEU, 2012. p. 105) que impõem uma feminilidade vinculada à condição de reprodução compulsória condicionando a existência da mulher e tolhendo na prática seu exercício na *polis*, e tratando o padrão “homem” como normalizado, e tudo o que se relaciona na ordem do feminino como excepcional e oneroso.

Assim, o Estado, pela obra dos legisladores e administradores públicos ao não prevenir nem estruturar, adequadamente, políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos das mulheres, acaba por impor, historicamente, a visão ultraconservadora e vinculada a questões de fé que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a superioridade da força física e o domínio do corpo, lugar de tentações e de desejos. Com isso, os Estados modernos inscreveram no Direito todos os princípios fundamentais da visão falocêntrica (BOURDIEU, 2012. p. 105).

Neste ponto, em considerar a mulher em sua hipossuficiência e perceber a realidade fática de que as violências sofridas por elas são a partir do ambiente doméstico, é importante que se reconheça o importante papel que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representa nas conquistas de reconhecimentos dos direitos das mulheres e do modo como o Brasil compreende, através do Direito, sua relação com elas. A lei, de natureza híbrida (não somente criminal, como fica sugerido pelo uso cotidiano) foi fruto de condenação internacional do Brasil pela ausência de cuidado e desrespeito à Convenção de Belém do Pará, do qual é signatário, e que estipulou tutelas procedimentais diferenciadas para efeitos protetivos de urgência para as situações limítrofes em que a resposta é o direito penal, bem como pela previsão de evitação de tais casos por estipulação legal de políticas públicas de fomento de

base de discussões sobre gênero e sobre a violência doméstica em vários estratos da sociedade⁵³.

É um começo, muito salutar, mas ainda não resolve o machismo estrutural, sobretudo pela tendência de resumir na prática a Lei Maria da Penha a sua aplicação criminal, e como defende-se amparando-se na crítica, problemas sociais não se resolvem a partir do Direito Penal, quando muito se criam novos problemas sociais^{54 55}. Gera-se um caminho possível dentro do tempo histórico que se insere a mulher do período legislativo promovido por ela, mas é necessário que se perceba dentro da crítica que afinal, como comenta sobre essa ambiguidade relacional, diz Diniz (2016) que trata-se de repressão no campo penal – o que é reiterar uma estrutura de violência respaldada pelo Estado e que coloca a “celebração” de conquista por esse caminho algo a ser problematizado, por ser uma conquista no qual o reconhecimento do gênero é respaldado por um marco alocado e naturalizado dentro da ideia de família heteronormativa, que revoluciona a relação estrutural reconhecendo que a mulher necessita de uma conquista de igualdade porque sofrem violências em sua casa, e em si pede a inclusão na heteronormatividade, cuja moral é ambígua porque nos faz celebrar a naturalização do gênero.

Na esteira de Beauvoir, em que “*é do ponto de vista das oportunidades concretas dadas aos indivíduos que julgamos as instituições*” (p. 25) o papel do Direito nesse sentido não se resume a prever uma igualdade formal – o que é significativo, mas não o bastante – visto que, como manifestado por Tove Stang Dahl (1993, p. 4), bem como a igualdade perante a lei advinda na Revolução Francesa foi proibitiva tanto a pobres como ricos que dormissem debaixo das pontes, também nos dias de hoje a igualdade perante a lei não impede práticas

⁵³ Para uma abordagem mais direcionada à Lei 11.320/2006 e suas conquistas e metas a cumprir do período de vigência normativa quanto à efetivação e promoção de igualdade material em relação a gênero, conferir “*Tutela Diferenciada dos Direitos das Mulheres nas Relações Domésticas e Familiares Através da Lei Maria da Penha*” (CAMBI; DENORA, 2017). Disponível em < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/484> >. Acesso em 05 de Novembro de 2017.

⁵⁴ Para uma análise introdutória sobre o assunto, conferir “*Exclusão Social e Democratização do Processo Penal: Política de Redução de Danos Pela Filtragem Constitucional em Direitos Fundamentais*” (DENORA; ALVES, 2017). Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/Cnz1IOS3a5oCp8X0.pdf> >. Acesso em 05 de Novembro de 2017.

⁵⁵ De acordo com pesquisa custeada e idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “*Mulheres vítimas de violência doméstica que buscam o Sistema de Justiça se sentem frustradas e não ouvidas. E se o tempo voltasse atrás, não estariam dispostas a passar por todo o processo novamente. A conclusão é da pesquisadora Marília Montenegro de Mello, ao analisar amplo estudo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha (n. 11.340/2006), nos casos de violência doméstica que tramitam na justiça do País. A pesquisa tem como objetivo ajudar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a diagnosticar entraves na aplicação da Lei Maria da Penha pelo Judiciário.*” Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica> >. Acesso em 10 de Maio de 2018.

discriminatórias. As leis sobre a igualdade de tratamento não produzem, por si só, resultados iguais e justos, nem no plano individual nem no plano coletivo. Por vezes implicando precisamente no contrário, logo, para que haja igualdade é necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos desfavorecidos oportunidades de igualdade de mérito equivalente.

Deste modo, o compromisso democrático advindo com a Constituição da República é um giro copernicano se considerarmos o tratamento jurídico anterior de inferioridade legal dado às brasileiras, evidentemente (ainda que, ironicamente, antes de 1988 a mulher não fosse plenamente capaz civilmente, ainda que pudesse responder criminalmente pelo aborto nos termos já vistos...), mas não é o suficiente, uma vez que por detrás dessa neutralidade terminológica aplicada e formalmente declarada, age de modo estruturante e incisivo o machismo impregnado e incorporado historicamente no agir comum que considera “normal” o olhar masculino, heterossexual, e branco de mundo. Ainda assim, é a oportunidade jurídica necessária para o pleito de igualdade material e efetivação de políticas públicas com viés de gênero.

A declaração de igualdade de deveres e direitos em geral (art. 5º, inc. I, CR), bem como nas obrigações familiares e de planejamento, e o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226 e parágrafos, CR) foram significativas. Também a elas garantiu-se que não haveriam práticas discriminatórias laborais (art. 7º, inc. XXX, CR), com a clara finalidade de promover a inclusão das mulheres em espaços públicos e legitimá-las em igualdade nos espaços de setores privados, além de considerá-las em igualdade em relação aos homens, cujos efeitos legais vão além dos aspectos meramente declaratórios.

O reconhecimento das mulheres como sujeitos legais em estatura formal de igualdade trouxe a incorporação da afirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos – logo, direitos fundamentais – o que não automaticamente implica num reconhecimento social dessa estatura material de igualdade. Assim, se o Direito, lido através da concepção democrática substantiva que tem no próprio Estado movimentador do espaço político, propulsor em conjunto com os movimentos sociais civis, em atuação adequada para confirmação das competências do Estado e implementação efetiva democrática em inclusão social de minorias necessariamente relacionadas com direitos fundamentais e pleno exercício de direitos civis e sociais, apto a conjugar métodos da democracia deliberativa e da democracia agregativa, cujo protagonismo estatal vem a ser no sentido de ser um coordenador

de fluxo de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem-comum (ALVES, 2013), sendo capaz de fomentar a inclusão e a transformação da realidade social.

A possibilidade de protagonismo do Judiciário em casos de direitos fundamentais é aceita a níveis moderados (sob a evitação de uma república de togas) com a finalidade de efetivação de inclusão democrática e participação popular, seja por meio do Ministério Público seja pela própria sociedade civil em exercício de petição por reconhecer no direito processual meio de promoção, bem como ao Direito e sua estrutura material - e até mesmo por isso - compete prever regulamentações de como romper tais estruturas assimétricas de poder (CAMBI, 2016) e hegemônicas da dominação masculina, posto que em o Direito negando-se a este papel proativo, tal ciência se assume como sempre o foi, constituinte e ratificadora de enorme parcela da hegemonia cultural dos homens no modo como a sociedade se estrutura. Hegemonia cultural significa que aceitar uma visão da realidade específica dum grupo dominante é considerado como sendo normal no enquadramento da ordem natural das coisas, mesmo por quem, na realidade, lhe está subordinado, e dessa forma o Direito contribui para manter a posição do grupo dominante, ao manter inerte e incontestes seus parâmetros avaliativos (DAHL, 1993, p. 6).

Tal, justamente, trata-se do paradigma que se intenciona superar ao considerar uma perspectiva feminista do Direito, afirmando o rompimento com fórmulas em que a sociedade cria um padrão de comportamento cujas perspectivas e expectativas de tal realidade social são limitadas, condicionando as mulheres em menores oportunidades de obterem posições de liderança na sociedade, advindas de tempos em que o acesso a educação e cargos públicos eram negados a elas (DAHL, 1993. p. 52).

Consta da primeira publicação de *O Segundo Sexo* a data de 1949. E já neste ano Beauvoir (2016. p. 23) desconstrói essa relação de igualdade democrática formal, e estrutura que

a maioria dos homens não assume explicitamente essa pretensão. Eles não *colocam* a mulher como uma inferior; estão hoje demasiadamente compenetrados do ideal democrático para não reconhecer todos os seres humanos como iguais. [...] O homem pode, pois, persuadir-se de que não existe mais hierarquia social entre os sexos e de que, *grosso modo*, através das diferenças, a mulher é sua igual. Como observa, entretanto, algumas inferioridades – das quais a mais importante é a incapacidade profissional – ele as atribui à natureza. Quando tem para com a mulher uma atitude de colaboração e benevolência, ele tematiza o princípio da igualdade abstrata; e a desigualdade concreta que verifica, ele não a *expõe*. Mas, logo que entra em conflito com a mulher, a situação se inverte: ele tematiza a desigualdade concreta e dela tira autoridade para negar a igualdade abstrata. Assim é que muitos homens afirmam quase com boa-fé que as mulheres *são* iguais aos homens e nada têm a reivindicar, e, *ao mesmo tempo*, que as mulheres nunca

poderão ser iguais aos homens e que suas reivindicações são vãs. É que é difícil para o homem medir a extrema importância de discriminações sociais que parecem insignificantes de fora e cujas repercussões morais e intelectuais são tão profundas na mulher que podem parecer ter suas raízes numa natureza original. [*grifos no original*]

E tal atitude excludente tácita se reflete na ausência de lugares de liderança ocupados por mulheres, lugares estes tradicionalmente vinculados ao masculino pelo papel social que exerce. Compreender a construção estrutural patriarcal é base necessária e imprescindível para a maior conscientização e visualização do papel que o gênero, como construção cultural, sujeitou as pessoas a partir da reprodução do *habitus* dominante (BOURDIEU, 2007.p.162-211). Tal construção patriarcal também serve como método de perpetuação do *status quo* a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, e adquire, assim, todo um reconhecimento de legitimação, que impregna os setores oficiais e passam a encontrar no senso comum uma justificativa que impede a problematização e discussão de locais tradicionalmente reconhecidos, não como uma quebra de paradigma em si, mas também⁵⁶.

Por não serem percebidos os mecanismos subjacentes, tais como os que fundamentam a concordância entre as estruturas cognitivas e as sociais, e, por isso, a experiência dóxica do mundo social, os efeitos simbólicos da legitimação são imputados a fatores que decorrem da ordem da *representação* mais ou menos consciente e intencional (“ideologia”, “discurso”, etc), que constrói o mundo social como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes (BOURDIEU, 2012. p. 17-18), que implicam necessariamente determinados locais naturais de ocupação e funções sociais imanentes, replicando o que desde os gregos (e confirmado pelo séquito intelectual que prosseguiu no tempo nessa vertente) se estabeleceu como o espaço feminino sendo o espaço “do lar”, capitalizando suas funções reprodutivas e de imagem agradável, a fim de não provocar incômodos, enquanto o homem pode se ver livre para estabelecer e organizar o mundo.

⁵⁶ Locais de fala impregnados no dia-a-dia que colocam como referencial ao relacionar a mulher a questões dadas como fúteis, ver novela, à cor rosa, aos serviços domésticos, ao bordado, aos sentimentos, ao uso de maquiagem, de saias, de salto alto, etc., e os homens o oposto vinculado a virilidade causam estranheza se questionados, gerando, também para os homens, dificuldade. Quando eles se aproximam de algo considerado “afeminado” tem sua sexualidade questionada e passam a sofrer preconceito social por isso; tal comportamento é conhecido como masculinidade tóxica, que impõe também ao homem um padrão de conduta normalizada que nem sempre ele se satisfaz ao cumprir. Muitos encontram na expressão “*tudo bem ser gay, mas não tem porque ser afeminado*” um conforto para seus preconceitos, mascarando a misoginia impregnada no que não se diz assumidamente, em que o problema é estar relacionado ao feminino. Vê-se ainda a baixa tolerância de setores sociais conservadores que repercutem com apoio de setores da sociedade com menor capital cultura, que não compreendem a visita de Butler no Brasil, a hostilizando pelos seus estudos, revelando muito da sociedade brasileira como um todo e do baixo nível democrático que se conquistou até aqui.

Assim funciona a ordem falocentrada e a ausência de representação diversa é uma violência simbólica (quando não física) no sentido de que impõe à mulher a naturalização de que não ocupe determinados espaços – de liderança, chefia e mando, de decisão sobre o próprio corpo, e que não questione - e inclusive confirme - o entendimento nesse sentido, sendo absolutamente necessário incorporar nas problematizações de gênero o fato de que tais relações impactam não somente as experiências, mas o exercício do poder – assim como as formas de dominação e de exploração – se dá também internamente ao grupo “mulheres”: a experiência vivida de uma mulher, negra, lésbica, periférica certamente dista da realidade percebida pela mulher branca heterossexual da classe média. Uma democracia igualitária depende, portanto, do enfrentamento daquilo que faz rodar as engrenagens do gênero, mas também as de classe e de raça (BIROLI & MIGUEL, 2014, p. 14)

O que mantém a violência simbólica estruturada pela dominação masculina possibilitando as condições de exercício é justamente a primazia dada aos homens afirmadas na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, com base em divisões sexuais de atividades e atribuições, conferindo aos homens a melhor parte, a mais prestigiosa, remontando às estruturas do *habitus* trazidas por Bourdieu (2012, p. 45), que molda as condições como matrizes perceptivas de como agir socialmente aos membros que consideram tais modos de agir e pensar universalmente partilhados, que impõem-se a cada agente como transcendentais – “é assim porque sempre foi assim” sem questionar por que sempre foi assim -, o que reveste a visão falocêntrica como a de senso-comum, normalizante, que permitem que as próprias mulheres reproduzam a dominação, que Bourdieu chama de adesão dóxica - o que explica as vozes femininas que utilizam de argumentos misóginos sob o fundamento condicional e circunstancial de ser mulher, dificultando as questões de representatividade de gênero.

Nesse sentido, tal atitude excludente tácita se reflete na ausência de lugares de liderança ocupados por mulheres, que impedem que uma visão feminista estrutural possa vir a ser manifesta e explicada, lugares estes tradicionalmente vinculados ao masculino pelo papel social que exercem. Isso como estruturante de nossa sociedade obviamente se reflete na realidade jurídica e nas formas como mantem seu exercício de manifestação e suas estruturas hierárquicas, e sua mitigação muito evidente não por ausência de mulheres no Direito, mas pelo Direito ser também uma manifestação patriarcal e como tal compreender como “normal” e “padrão” a ausência de mulheres em posições de destaque e liderança, posto que locais tradicionalmente masculinizados.

Nisso, duas problematizações ainda são necessárias a ser colocadas (mas não resolvidas aqui): a de que a presença de mulheres nos espaços de poder, nas três esferas governamentais, não necessariamente traga ao debate questões dos direitos das mulheres (adesão dóxica ao discurso normalizante), bem como a demonstração de que mesmo com todas as dificuldades majoradas nas questões de gênero incidentes às mulheres – como oportunidades de trabalho minoradas pela maternidade, por exemplo – elas ainda ocupam estes espaços com titulação equivalente e mais recentemente em proximidade numérica.

Essa estrutura do Direito representando interesses do patriarcado já é denunciada dentro da Academia, posto que a educação jurídica emancipatória passa também pela via feminista. Liana Cirne Lins (2016), em entrevista ao manifestar-se sobre evento jurídico em que haviam 39 (trinta e nove) palestrantes homens e 01 (uma) palestrante mulher, aborda a impossibilidade de se tratar de direitos humanos e fundamentais sem observar-se o orador, aquele que traz a mensagem, uma vez que se tal discurso for proferido sempre pela figura do homem branco, já o é de antemão parcial e amputado. Continua, manifestando que

Representatividade de gênero e representatividade étnico-racial são temas jurídicos que integram os grandes debates contemporâneos. Creio que o jurista do nosso tempo encontrou o seu "novo princípio da carruagem", que diz respeito à incapacidade do pesquisador do direito reconhecer que as condições de produção e reprodução do saber jurídico são opressoras. Se o princípio da carruagem apontava para os limites do positivismo como método de neutralidade axiológica, destacando os condicionamentos do próprio pesquisador, o novo princípio implica reconhecer que as particularidades do modo de produção e reprodução do conhecimento jurídico são marcadamente opressoras. Não é mais possível invocar os grandes discursos emancipatórios sem que mulheres e negros participem também do púlpito, sob pena de esvaziamento de significados ou mesmo de contradição. (...) O debate de gênero hoje se dá no marco de outros debates emancipatórios e é perpassado por outras lutas, que lhe são transversais. Porém, a simples garantia da presença da mulher no mercado editorial e nos eventos jurídicos não pode, por si só, garantir a construção de um saber emancipatório: é necessário somar perspectivas.

“Homem branco” aqui, como explica Marcia Tiburi (2018, p. 41), no sentido de uma metáfora do poder, daquele que sempre fora sujeito do privilégio de gozar em espaços de destaque e prestígio social, da figura autoritária alicerçada no acobertamento das relações que envolvem os aspectos de gênero, raça, sexo e classe, idade e corporeidade. Explica ainda que

O homem branco falante é uma forma personalizada da velha soberania patriarcal. Um corpo presente, um modo de ser, a materialização concreta do poder, seu simulacro em estado bruto. Na ordem do discurso patriarcal, o “homem branco” é uma figura e uma lógica ao mesmo tempo. Está autorizado a falar sobre todos os assuntos, a fazer o que bem entender, muitas vezes até a perversão, a produzir e reproduzir uma visão de mundo que o favorece. O que se chama de lugar de fala é uma insurgência que afeta o chamado “falocentrismo”, que é a “fala-poder” ou o “poder-fala” do homem branco. A “fala” é autorizada por um “falo” que sempre

esteve em posse dos homens brancos, que dominaram os discursos e a produção da verdade. (TIBURI, 2018, p. 58)

O Direito está incluso numa ordem patriarcal, a qual não se pode simplesmente negar, e quando se esconde numa neutralidade – seja pela linguagem seja no discurso – está de fato endossando um regime excludente arraigado em sua estrutura, e tendo como neutro o que na realidade é da ordem do masculino – sendo as atribuições da mulher a exceção.

Não apenas como reflexo legislativo dessa estrutura, que, reitera-se, de tão presente é estruturante da própria condição e sujeição dos fatos, mas também na prática jurídica generalizada há relatos de episódios que diminuem as mulheres por sua condição feminina, por vezes negando ou desqualificando seu discurso pela condição de gênero. São manifestações de advogadas⁵⁷, de defensoras públicas⁵⁸, de mulheres membros do Ministério Público, da magistratura, e também de professoras⁵⁹. Na academia, além da baixa representatividade ou episódios de desqualificação de mulheres, há relatos de sanções sobre temáticas consideradas “polêmicas”, como o mérito deste texto, o aborto, e que são bandeiras tradicionais dos movimentos feministas (ainda que tenham perdido o protagonismo no debate, como tratou-se no Capítulo 1 deste).

O próprio debate de gênero traz sanções indiretas àquelas que tratam dos temas, seja com ofensas pessoais de colegas que pensam diversamente⁶⁰, com “piadas” machistas

⁵⁷ Evento foi criado para discutir a questão do machismo estrutural na prática da advocacia, disponível em < <http://blogexamedeordem.com.br/quem-tem-medo-das-advogadas-no-direito/> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

⁵⁸ Defensora Pública reportando ter sido diminuída por colega, pela condição de gênero. Disponível em < <http://emporiadodireito.com.br/ainda-sobre-o-machismo-por-fernanda-mambrini-rudolfo/> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

⁵⁹ Como no trecho: “Mulheres ocupam cargos em escritórios de advocacia e empresas, são juízas, promotoras, defensoras, delegadas. Mas os cargos de direção continuam ocupados por homens e muito mais difícil às mulheres acessá-los, independentemente da qualificação, da experiência, do brilhantismo. Na advocacia privada, apesar de oito dos nove maiores escritórios do Brasil possuírem mais mulheres em início e meio de carreira, a posição de sócia só é ocupada, na média, por 30% delas. No Brasil, pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa em Direito, Gênero e identidade da FGV Direito SP mostra que a participação de mulheres nos altos cargos de gestão em companhias abertas não ultrapassa 8%, isto é, mais de 92% dos cargos de alta gestão de empresas são ocupados por homens. Para mulheres negras, a situação é ainda pior, pois elas não chegam a 1% nos altos cargos de gestão. Na magistratura paulista, embora o ingresso de juízas e juizes seja parelho no início da carreira, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem nove desembargadores homens para cada desembargadora mulher. A Presidente do Supremo Tribunal Federal ironizou, pouco tempo atrás, seus colegas homens que não lhe deixavam falar – em meio a interrupções dos mesmos colegas, que insistiam em falar por cima dela mesmo enquanto o recado nada sutil era dado.” (DONAGGIO et al, 2017)

⁶⁰ Professor de Direito da Universidade Federal de Rondônia (Unir) profere xingamentos a palestrante da UnB que defendeu a legalização do Aborto. No link, há acesso ao áudio de sua fala. <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2016/10/professor-universitario-diz-em-aula-que-palestrante-da-unb-e-vagabunda.html> Acesso em 17 de Setembro de 2017.

proferidas em sala de aula (em regra sobre o corpo e aparência das mulheres)⁶¹ ou mesmo com demissão. Ainda que haja uma legislação formalmente inclusiva, há um distanciamento na prática justamente porque não se aborda o tema de modo cientificamente comprometido, gerando um ciclo vicioso: não se fala sobre inclusão de gênero para evitação de pautas polêmicas, que só são polêmicas porque não se fala com esclarecimento sobre o tema. Resultando, ao fim e ao cabo, na ausência de mulheres em representatividade e com pautas de seu interesse nos espaços de poder, tradicionalmente reconhecido nas carreiras jurídicas⁶².

Contra esse silenciamento forçado e forjado que uma cultura educacional jurídica emancipatória também se faz necessária, até mesmo para que as próprias mulheres percebam a importância do feminismo do e no Direito a elas, porque a ação política junto aos oprimidos, para utilização de terminologia de Paulo Freire, tem de ser ação cultural para a liberdade, por isso mesmo, ação com eles. A dependência emocional do oprimido, fruto da situação concreta de dominação em que se acham e que gera também a sua visão inautêntica do mundo é feita para aproveitamento pelo opressor, que se serve desta dependência para criar mais dependência. A ação libertadora, pelo contrário, reconhecendo esta dependência dos oprimidos como ponto vulnerável, deve tentar, através da reflexão e da ação, transformá-la em independência (FREIRE, 2016, p. 97).

Isso atinge diretamente o âmago do ideal democrático moderno, que objetiva a inclusão de todos os grupos nos papéis de representatividade com o escopo de zelo e possibilidades de igualdade e liberdades materiais equânimes. Igualdade material no sentido de tratamento igualitário considerando as diferenças inerentes como fator de integração bem

⁶¹ Aqui, professor da PUC/RS que fez uma “piada” sobre estupro. Disponível em <http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2015/04/machismo-na-faculdade-de-direito-professor-apologia-estupro.html> Acesso em 17 de Setembro de 2017.

⁶² No que se refere a invisibilidade de reconhecimento de mulheres como autoridade e autorizadas: “*Cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado possuem corpo docente majoritariamente masculino. A invisibilidade é também bibliográfica: as listas de obras indicadas para as provas de ingresso nos programas de mestrado e doutorado de várias instituições de ensino no país não têm, com frequência, uma autora sequer entre as indicadas. Quando são chamadas a falar, muitas vezes o evento foca na “percepção da mulher” sobre qualquer tema. Por exemplo, “Agressões à Mulher: Combate e Superação”, “A participação da mulher na política”, “Mulher, Liderança e Representatividade”, entre outros. A discriminação contra mulheres nos eventos acadêmicos se tornou tão caricata de uma sociedade apegada ao patriarcado que vários grupos de professoras criaram iniciativas como o Congrats, you have an all male panel, um tipo de selo machão (e machista) para eventos em que não há mulheres participando. No Brasil, temos a ação #NãoTemConversa, que igualmente tenta combater a ausência de mulheres em painéis, debates e discussões públicas.*” (DONAGGIO et al, 2017). Nas plataformas e redes sociais, páginas como a do Facebook “*Aqui só Fala Homem Branco*” ironizam – e denunciam – a ausência de diversidade nos eventos acadêmicos (< <https://pt-br.facebook.com/aquisofalahomembranco/> > Acesso em 21 de Abril de 2018).

como as liberdades básicas de ser - de ser em condições de igualdade de respeito e tratamento sem diminuição das capacidades de posicionamentos nos espaços vinculadas ao gênero.

Se as mulheres não são devidamente representadas em suas pautas, suas prioridades ficam mitigadas em relação ao padrão normalizante masculino.

O espaço que as mulheres têm ocupado nas instâncias de poder ainda são contabilizados em unidades ou dezenas, minorados, portanto, o que impede a normalização de suas pautas, sob pena de serem consideradas “extremistas” e não neutras, numa neutralidade que só o é porque normalizada pela misoginia estruturante social posta, logo, o “neutro” não é neutro de fato, senão impeditivo da diversificação. É, por óbvio, importante que existam e que permitam a contestação das estruturas tradicionais de dominação e que haja o debate dos feminismos e uma construção democrática em direitos humanos inclusiva e plena, sem excluir sua porção feminina e conseqüentemente toda a transversalidade de temas que coexistem ao gênero, como questões de raça e classe.

Necessariamente o Direito está relacionado à questão patriarcal, que se trata de instituições e estruturas normativas feitas por homens para homens a fim de cumprir os interesses desses mesmos homens, e que esporadicamente concede, ainda que como declaração e formalmente, igualdade de tratamento. Isso implica também em políticas – não somente criminais, apesar deste ser o objeto principal desse estudo – com o escopo de diluição do machismo intrínseco e impregnado culturalmente e reiterado em situações cotidianas⁶³ mesmo que sem dolo para tal ⁶⁴, e que se prestam a reforçar estereótipos e senso-comum sobre a submissão feminina relegando a mulher a um ciclo vicioso de sub-condições de desigualdade e competição entre si, cuja identidade resta num limbo de significados buscados em equiparação ao homem, que padrão normalizante e normalizado comportamental, naqueles espaços de prestígio (DENORA; ALVES, 2016).

A mulher hoje, em condição de gênero, é parte das “minorias” sociais que adota o discurso do grupo dominante por estar ideologicamente comprometida, em regra, à perpetuação do *status quo* pelo processo alienatório característico dos grupos dominantes, conforme a teoria marxista, que não se manifestou diretamente sobre a questão de igualdade

⁶³ Situações cotidianas que reiteram o machismo diariamente, como culpabilização da mulher por ser molestada em transporte público por usar “trajes inadequados”; ou xingar o árbitro de futebol de “filho da puta” (atribuindo uma conduta moralmente reprovável à mãe do sujeito, e não a ele); atribuir à mulher que exerce sua liberdade sexual a alcunha de “biscate”; preferir mulheres por sua aparência em situações não relacionadas (“a professora é gorda”), e inúmeras outras que podem ser listadas.

⁶⁴ Pesquisa recente realizada pelo Instituto Datafolha aponta que 1/3 da população acredita que a culpa pelo estupro é da mulher < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/um-em-cada-3-brasileiros-culpa-vitima-em-casos-de-estupro-diz-datafolha.html> > Acesso em 23 de Setembro de 2016.

de gênero, porém a partir do discurso geral, é possível se equivaler dos argumentos, como faz até hoje esse ramo do feminismo.

2.2.1. O Direito das Mulheres Como Expressão Valorativa de Posicionamento Jurídico e Político da Mulher

Sendo então o Direito – materialmente e na práxis - expressão do patriarcado, é importante que, ao buscar um Direito das Mulheres como resposta às necessidades dessa metade esquecida historicamente, sejam elas consideradas em sua totalidade sabida. O que necessariamente importa falar sobre aborto (mas não só, por óbvio), assunto que convive e coabita com questões tão delicadas e femininas como o poder de gerar, a sexualidade, as violências – domésticas, de desconhecidos, misóginas e simbólicas – e seu lugar e referencial no mundo e no existir: família, círculo social, ambiente de trabalho e acadêmico.

Diante de uma estrutura masculina de mundo, a mulher se adapta a uma realidade que não foi pensada a suas necessidades – a uma realidade inclusive jurídica, que por vezes ao tentar proteger, acaba por atrapalhar. Não basta que a mulher tenha espaço – já é um começo, mas não o bastante – porque não necessariamente mulheres ocupando tais espaços seja uma equivalência política de luta jurídica e política em interesses de gênero vinculados aos feminismos.

O sistema normativo se traveste de neutro quando não o é. Ao criminalizar o aborto voluntário, escolheu por priorizar a existência do feto e dos interesses ali presentes, enquanto coloca a mulher em segundo plano, com seus interesses e existência submetidos à condição gestacional, que a impõe compulsoriamente a maternidade (e depois a romantiza).

Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 172-175), ao apresentar o Direito como um campo de disputa, parte da classificação de Carol Smart, em que esta identifica três fases das posições feministas quanto ao Direito: a primeira é que o Direito é sexista; a segunda, que o Direito é masculino; e a terceira, que o Direito é sexuado. Sexista, porque ao distinguir os sexos o Direito as discrimina com menos recursos, as negando oportunidades e não reconhecendo as violências perpetradas, como se o sexismo fosse possível de superação das diferenças por si, que fenômeno superficial e não entranhado como a própria compreensão da ordem social.

O posicionamento de o Direito ser masculino, como sustentado por MacKinnon, é considerado inadequado por Smart, posto que a ela este posicionamento reafirmaria que o Direito é unitário e incapaz de uma autocrítica interna investigando suas contradições, o que

implicaria dizer que todo sistema fundado em valores ditos universais e seus critérios decisórios orientados à imparcialidade servem aos interesses dos homens, estes também compreendidos como categorias unitárias, posto que o binarismo masculino-feminino são estruturas, para Smart, monolíticas que impedem que as diferenças internas se revelem. Por fim, o Direito ser sexuado permite uma análise a partir dos significados diversos que são conferidos por homens e mulheres, e que a diferenciação não necessariamente pode ser negativa para as mulheres:

Os objetivos da investigação mudam. Não se trata de buscar um direito que transcenda o gênero, mas de uma análise de como o gênero opera no direito e como o direito contribui para produzir o gênero. O direito não se define como o sistema que pode impor a neutralidade sobre o gênero, mas como um dos sistemas produtores não somente da diferença de gênero, mas também da subjetividade e identidade a que o indivíduo será vinculado e associado. (MENDES, 2017, p. 174)

É possível o uso do Direito como estratégia de gênero, com cautela, a ser mais que um terreno de conflito ou que veda a censura, mas que também produz lugares e posições de gênero. O Direito, defende Mendes (2017, p. 174), pode ser usado como legitimador de novas pretensões e novos princípios, como linguagem para a reconstrução da realidade a partir da experiência delas, instrumentalizado para justiça social e a liberdade das mulheres.

Inobstante, que a identidade da “mulher” não é algo homogêneo e bem determinado socialmente, tanto como indivíduo ou grupo, mesmo porque, como também já se referiu, ressignificar o sujeito mulher importa ressignificar o sujeito homem. E a questão identitária passa hoje necessariamente a perceber a mulher em alteridade, na figura do outro, em que a constituição do sujeito é uma fixação parcial e contingente da identidade, ela própria atravessada por muitas posições de sujeito.

Szwako (2012), por sua vez, nega para afirmar a necessidade do feminismo como manifestação política, e ao escrever sobre as contribuições de Chantal Mouffe sobre o tema, explica que

Desconstruir as identidades significa duas coisas: por um lado, o sujeito não pode ser pensado em termos de uma unidade identitária auto evidente para si (*o agente da ação* ou *o motor da história*, por exemplo). A constituição do sujeito, nessa grade, não é apreendida em relação a uma razão e sequer em um ideal moral apresentados como transcendentos. Esse passo é importante para, no contraponto a modelos racionalistas, entender que a constituição do sujeito – quer individual ou coletivo – não é senão uma fixação parcial e contingente da identidade, ela própria atravessada por uma variedade irreduzível de posições de sujeito. Por outro lado, se as identidades (seja *nós* ou *elas*) são forjadas de forma contingente, elas não apenas não contêm em si mesmas uma essência (anterior, primeira, real ou única), supostamente derivada de uma formação discursiva determinante, mas também sua condição de existência é a própria diferença, que lhe empresta seus limites espaciais, corporais, políticos, estabelecendo um *entre nós* e *elas*. (...) Se

os sujeitos são interpelados por vários marcadores de diferença (...) e se sua identidade não é senão uma forma contingente de fixação hegemônica, não há (...) uma estrutura social anterior aos indivíduos que lhes forneça um leque de *interesses objetivos*, eles próprios produto direto e manifesto da posição *objetivamente* ocupada naquela estrutura. (SZWAKO, 2012, l. 2726-2740) [grifos do autor]

O autor continua, desenvolvendo que, tal qual Butler, Mouffe se questiona se o feminismo precisa de um sujeito unificado e coerente nessa dinâmica de exclusão e subordinação que se discute nesse texto, cuja resposta é *não*, justamente porque as mulheres são produtos de múltiplas formações discursivas e internamente diferenciadas por eixos de identificações – classe, raça, religião, orientação sexual – bem como podem não ser feministas, logo, não havendo uma identidade feminina apta a produzir interesses nas mulheres, porque não obstante serem um grupo empiricamente definível, não conta com algo específico, inato e natural, senão uma identidade forjada e socialmente construída, portanto, contingente (SZWAKO, 2012, l. 2756). Importa que para negar tal construção é importante perceber-la como existente, fatores estes necessariamente passíveis de consideração pelo Direito sob pena de recair-se sobre a neutralização e naturalização que reforça a estrutura posta como masculina enquanto definidora da única possibilidade do real e factível.

Mesmo Mouffe, como Fraser e Nicholson manifestam que a aliança entre feminismo, pós-modernismo (nestes, em que o processo de desconstituição das metanarrativas e do sujeito não significa abandonar totalmente as categorias utilizadas pelo feminismo, como sexo/gênero, raça/etnia, classe, diversidade sexual...) e pós-estruturalismo (em que não se compreenderia *a priori* possível teorizar o feminismo com as categorias da modernidade) é sustentável, sendo possível desconstruir a categoria mulheres e manter seu uso enquanto categoria política (CAMPOS, 2017, p. 93).

Assim, ao ser considerada como um grupo, importa também considerar que não se trata de algo coeso e generalizável como possa parecer no discurso feminista acadêmico pré pós-estruturalistas (ainda predominantemente branco e classe média), que por vezes ignora a realidade e a necessidade específica da transversalidade da questão de raça e classe, como já se discutiu, ao considerar com mais afincado estruturas públicas de incentivo a políticas enviesadas no mercado de trabalho, desde as relações do trabalho doméstico a estruturas de suporte – como creches, escolas e licença maternidade e paternidade equivalentes (características mais marcantes dos pleitos das feministas marxistas, vinculadas à causa de classe e relativas à mulher proletária no mercado de trabalho). A individualidade somente poderá ser manifesta em sua excelência e integralidade quando os lugares comuns de

definição de grupo já não mais serem relacionado a uma identidade de exceção, como construído socialmente, assim colocando a mulher como protagonista de si sem necessidade de subsistência em ser dependente do homem⁶⁵.

É necessário que haja um Direito das Mulheres a partir das mulheres e o que couber nessa definição por aspecto político, e que coabita a princípio com o Direito ortodoxo e com as múltiplas denominações que podem alcançar os feminismos, pela diversidade de pleito e diversidade de pautas e demandas, mas que o modifica substancialmente ao fomentar igualdade material, e, portanto, demandar mudanças em sua estrutura, com o fim de deixar de ser por e através de uma misoginia instrumental, ciente de que se redefinir enquanto sujeito mulher implica em se redefinir enquanto sujeito homem em categorias políticas, posto que a masculinidade tóxica da ordem do discurso atinge a todos os grupos que não se equivalem ao padrão de “normalidade” estabelecido como ordem discursiva do ser.

Quando se busca e pleiteia por um Direito das Mulheres é pela necessária “contaminação” da pauta jurídica com uma realidade a partir da via feminista e sua pluralidade nas questões de gênero, de modo multidisciplinar a compreender a sofisticação da pluralidade social, em que seja incorporada a sua condição como igualdade material, a fim de reconhecimento de que seus corpos – que são demarcadores de sua condição de gênero criada para dominação e controle – e que seus úteros não estão submetidos ao controle que priva desde sua autonomia e classificação de beleza a seu exercício de cidadania, este último como se explorará ao longo no Capítulo 3 sequencialmente.

⁶⁵ É possível visualizar essa dependência do homem identitária do feminino nos roteiros de cinema das chamadas “comédias românticas”, que passam a, a partir dos anos 1980 com o advento das pautas feministas e com a libertação desse público, desenvolver personagens femininas “diferentes”, fortes, com uma felicidade e amor a vida contagiante, mas que existem tão somente para encontrar o amor da vida delas ou para fazer o homem – este na condição de protagonista – feliz. Elas são esvaziadas de desejo de si ou não se bastam senão se consideradas no outro (chamadas de princesa urbana por Cecilia Lima) ou, se declaradamente não buscam romance em suas vidas, se dedicando a carreira (chamadas de emocionalmente desprendidas por Lima) vem a ser no transcurso narrativo provadas como equivocadas. *“As protagonistas da comédia romântica servem de espelho para um público feminino, como um produto possível dentro de uma rede de disputas discursivas. É notável a incorporação e reprodução de enunciados que associam a mulher ao lar e à família, situando estes como os espaços verdadeiramente femininos. Nesse sentido, a comédia romântica é a própria expressão daquilo que nos acostumamos a chamar de feminino durante a Modernidade. Mas este gênero fílmico faz um pouco mais do que isso, no que diz respeito à construção de uma identidade, ou de um reflexo, feminino. O amor se mostrou a bússola que norteia toda a narrativa da comédia romântica (...). O happy ending amoroso sugere que apenas a mulher que compreende o valor do romance pode conhecer e experimentar a verdadeira felicidade. (...) A mulher pode ter ambições fora do espaço familiar, contanto que elas não sejam excessivas a ponto de deslocar completamente seus interesses supostamente essenciais.”* (LIMA, 2010, 1. 2707-2721).

3 ABORTO SEGURO: DIGNIDADE REPRODUTIVA E LIBERDADE GESTACIONAL

“Um rato em um labirinto é livre para ir onde quiser, desde que permaneça nesse labirinto.” (Margaret Atwood)

Em relação ao tema do direito à vida, fundante da discussão sobre o aborto e sua possibilidade jurídica de legalização, a discussão deve ficar em responder a questão sobre qual a melhor maneira de se respeitar o valor intrínseco da vida humana, em seara jus-filosófica, e não saber se o feto é ou não um ser-humano com direito à vida, de modo que impossibilitada uma resposta satisfativa a esta pergunta pelo apelo metafísico que alcança.

Nesse íterim, o questionamento inevitável de, a partir de quando, a que tempo da existência e formação humana se deve tutelar juridicamente a vida como tal, surge. Bauman (1999, p. 11) diz que

O preço do silêncio é pago na dura moeda corrente do sofrimento humano. Fazer as perguntas certas constitui, afinal, toda a diferença entre sina e destino, entre andar à deriva e viajar. Questionar as premissas supostamente inquestionáveis de nosso modo de vida é provavelmente o serviço mais urgente que devemos prestar aos nossos companheiros humanos e nós mesmos.

Daí a importância da discussão democrática sobre o aborto e a forma como o tutelamos no Brasil, e de repensar o instituto ao visualizar a inefetividade da expectativa de encarceramento feminino e de seus efeitos orbitais advindos da legislação proibitiva no formato em vigência.

O Direito Penal deve ser pensado de modo crítico, e seu uso como resposta a questões sociais repensado, assim ele responde o anseio de existir numa realidade de democracia em que seu uso como meio de exclusão social e gestão dos indesejados seja deposto, de outro modo que sua existência no século XXI, no mesmo formato que da sua criação no século XVIII, ainda que positivamente mais “humanizado”, é eivado de anacronismos.

O Direito Penal, enquanto desigual e promotor de desigualdade, com o encarceramento massivo da pobreza, serve para fins declarados (reinserção social do criminoso, reeducação intensiva pela pena e retribuição social), e para fins não declarados, porque “escondidos” na fachada das declarações oficiais do poder estatal, reproduzidos extensivamente de forma à banalização criminal e a partir da criação da falsa sensação de segurança através de si mesmo (virtualmente e em senso comum, quanto mais repressão,

aumento de penas, e tipos penais, maior o estado policial, logo, maior a segurança). Esses fins não declarados – ou reais - importam na pesquisa, porque utilizam o direito penal como meio de legitimação de discurso não assumido e não revelado, segregador de classe e promotor de estigmatização do diferente.

Os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados. Assim, na perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais [...] assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre outra. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p.7)

Neste caso, o “outro” é a mulher e a sexualidade feminina, e sobretudo a mulher pobre e negra, que por sua condição dependente das políticas de saúde pública do Estado e pela pouca ou nenhuma instrução/informação adequada a meios contraceptivos, são herdeiras de uma política negativa de tutela e historicamente segregativa de tais grupos (DENORA; ALVES, 2016).

Citando Ferrajoli e a partir dele, Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 183) explica que entre os modelos de direito penal mínimo e máximo há um espaço intermediário no qual restam estruturados diversos modelos que oscilam pendularmente, ora mais garantista, ora menos, podendo-se tratar, quanto às instituições e aos ordenamentos concretos, de tendências, seja ao direito penal mínimo, seja ao direito penal máximo.

Tendências estas que [...] convivem entre si. A primeira tendência caracteriza os níveis normativos superiores, e a segunda tendência os níveis normativos inferiores. O que dá lugar, com sua separação, a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Isso explica o contraste entre os princípios garantistas previstos de maneira mais ou menos rigorosa no Texto Constitucional, e as práticas judiciais e policiais que admitem de fato figuras de responsabilidade penal consentânea com as garantias citadas. [...] O modelo de direito penal máximo é incondicionado e ilimitado, sendo caracterizado, para além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas. Trata-se de um sistema de poder não controlável racionalmente, em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. O direito penal mínimo, por outro lado, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutelas das liberdades cidadãs frente ao poder punitivo, mas um ideal de racionalidade e de certeza. (MENDES, 2017, p. 183-184)

Numa realidade garantista de correspondência constitucional de direito penal mínimo, compatível aos direitos e garantias fundamentais firmados, a normatização penal sobre aborto como nos está posta não se sustenta.

Mendes manifesta que a legislação em vigência sobre aborto, advinda desde 1940, sequer teria sido recepcionada pela Constituição⁶⁶, uma vez que, nos marcos de um Estado Laico Democrático de Direito, a liberdade, como direito à autodeterminação, estaria garantida, uma vez que no formato legislado no Código Penal se retira das mulheres a possibilidade de exercer sua autonomia privada e pública, ao limitar a liberdade e atingir a dignidade humana; significa dizer que traçar direitos fundamentais das mulheres é permitir que elas delimitem autonomamente suas próprias vidas, o que não pode ser realizado se elas estão à revelia dessa articulação (MENDES, 2017, p.196).

Neste trabalho compreende-se que a Constituição da República, ao não tornar inconstitucional o aborto, permite que, por seu silêncio (que nas humanidades muito se diz onde se cala), seja dito por seu cabimento constitucional, ainda que não seja *a priori* motivação de não recepção da legislação penal infra, não obstante o conflito principiológico que se verá adiante, revelada a inconstitucionalidade da tipificação penal no que tange aos direitos das mulheres em cidadania. Assim, segue-se o entendimento de que há inconstitucionalidade em concreto porque, ainda que em tese não seja incompatível com a Constituição, ela produz uma consequência inaceitável em circunstância particular ao negar autonomia de si à mulher.

É importante destacar que a leitura da dignidade humana de modo a fundamentar e objetivar o constitucionalismo democrático - que no Brasil toma forma após 1988 com o advento da Constituição da República, de teor pós-positivista (ou neoconstitucionalista), cujos postulados se articulam em pluralidade, de base principiológica no reencontro da ciência jurídica com a filosofia do Direito – implica numa vagueza, posto o apelo moral e espiritual do termo, que ampara ambos os lados em questões moralmente controvertidas, como no caso do aborto (BARROSO, 2017, p. 285-287).

Para que a dignidade da pessoa humana possa ser amparada como um conceito operacionalizável juridicamente é importante dotá-la de um conteúdo mínimo que dê unidade e objetividade à sua aplicação. Desta forma, leciona Luís Roberto Barroso (2017, p. 288) que

A primeira tarefa que se impõe é afastá-la das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. As características de um conteúdo mínimo devem ser a *laicidade* – não pode ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade

⁶⁶ Em 07 de março de 2017, após a sinalização no HC 124.306 (bem como precedentes no mesmo sentido, como o HC 84.025, a ADI 3.510 e a ADPF 54) de que o Supremo Tribunal Federal teria um entendimento tendente a reconhecer a descriminalização do aborto, foi proposta a ADPF 442 cujo objeto do pedido principal é a declaração de não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, o que garantiria às mulheres a possibilidade de interrupção da gravidez até a 12ª semana. O cenário político já mostrou sua reação a tais sinalizações com a PEC 181, já comentada neste trabalho, que visa restringir completamente a possibilidade de aborto, em sede constitucional com a inserção de um marco jurídico inicial “desde a concepção” de início da vida.

-, a *neutralidade política* – isto é, que possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas – e a *universalidade* – isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, a dignidade da pessoa humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). [*grifos do autor*] (BARROSO, 2017, p. 288)

O argumento declarado para constar o aborto no rol de crimes dolosos contra a vida é justamente a proteção e a condição de Direito Fundamental que se dá à vida, e que não se trata de direito absoluto. A exceção em pena de morte no Brasil é dada em sede constitucional, já resolvida por ela, mas que revela especificadamente o ponto: que o direito à vida não é absoluto, como em regra nenhum Direito Fundamental, e cabível discussão infra e doutrinária para estabelecer seus marcos.

Alega-se ainda que estabelecer a exceção retirando-se a culpabilidade do aborto terapêutico (Art. 128, I do Código Penal) e do aborto por estupro (Art. 128, II Código Penal), e mais recentemente por via judicial sendo considerado fato atípico nas hipóteses de anencefalia, pela doutrina majoritária justifica-se tal como medidas de razoabilidade enfrentadas pelo legislador, que a fim de evitar violência e perdas maiores, considera aceitável ao olhar do Direito Penal estas práticas, logo, mais uma vez reitera não ser essa proteção em abstrato da vida absoluta.

Dessa forma, considerando as exceções da fundamentalidade do direito à vida (constitucionalmente prevista na exceção da pena de morte bem como o abortamento previsto em condições excepcionais), fica vencida a fundamentação da sacralidade protetiva da vida humana incondicional, e podemos passar a discutir a possibilidade de tutelas diversas que não o Direito Penal, que medida por demais estigmatizante e marginalizadora pelos efeitos colaterais que causa socialmente, e estabelecer uma possibilidade de diálogo com o escopo de encontrar um marco jurídico para tutela protetiva intrauterina, equilibrando os interesses que estão postos na relação a partir de uma visão constitucional e democrática, sem desconsiderar por completo os direitos da mulher que se encontra diante de uma gravidez indesejada e que possui uma vida e interesses que nem sempre incluem ou permitem a inclusão do encargo e da responsabilidade de um novo ser tão dependente de si.

Em se tratando de tipos penais, cada um dos tipos eleitos como “crimes” pelo legislador têm determinadas incidências que levam necessariamente à conclusão de que a cada tipo penal deve-se haver um estudo específico para políticas públicas com o escopo de

repensá-lo e minimizar os seus danos; no aborto é necessariamente repensar que, não obstante o controle exercido nos corpos femininos através da legislação penal – usada aos excluídos por natureza e em essência – seu “público alvo” foge da clientela tradicional vinculada à baixa delinquência em quantidade, por sujeitos “desnecessários”, ao uso da exclusão estrutural de gênero por ausência de discussão de interesse político feminista e de autoderminação, que ao fim e ao cabo reproduz uma estrutura excludente inicialmente afastada, e que afeta em prejuízo o público alvo tradicional, que pela transversalidade de raça e classe, agora agravada pela incidência do gênero, trata-se atualmente um fenômeno em franco crescimento⁶⁷.

A punição da sexualidade (e do prazer potencial) da mulher usada pelo Direito Penal é uma gritante forma de controle patriarcal exercido através do Direito e de sujeição da mulher a uma ordem biopolítica que se resguarda incontestemente pelo forte conteúdo moral e religioso que passa a tomar na ordem do discurso. Historicamente a mulher – como ser definido unicamente pelo e para seu sexo e sua reprodução (até por isso a mulher envelhecida ser assexualizada e inutilizada) – experimenta castigos pelo prazer, administrados pelo homem, explica Wolf. Sólon, na Grécia, determinara que a mulher solteira apanhada num ato sexual poderia ser vendida como escrava; Constantino decretou que uma virgem que fizesse sexo por vontade própria deveria ser queimada (se fosse violentada, o castigo seria mais brando). Uma mulher livre que tivesse relações sexuais com um escravo seria submetida a pena de morte. Pelas leis de Rômulo, o marido poderia matar a mulher adúltera. Essa estrutura tão antiga na memória dos usos e costumes de dominação imposta a elas pode ser lida na relativa aceitação da possibilidade de aborto legal em casos de estupro e incesto, mas não simplesmente porque a mulher compreenda a gestação inadequada em sua realidade: de modo consciente ou não, o desejo por sexo da mulher deve ser punido (e deve doer) (WOLF, 1992, p. 292).

Rita Mota Sousa, ao introduzir as teorias feministas do Direito, e alocar o Direito como ordem do patriarcado e a seu serviço – posto que foi a lei que negou às mulheres cidadania, acesso a cargos públicos, o voto, educação, garantindo em toda vida pública a dominação masculina, e foi também a lei que disse, nos espaços em que silenciou e omitiu,

⁶⁷ A população carcerária feminina cresceu 698% no Brasil em 16 anos, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça. No ano 2000, havia 5.601 mulheres cumprindo medidas de privação de liberdade. Em 2016, o número foi para 44.721. Entre dezembro de 2014 e dezembro de 2016, houve aumento de 19,6%, subindo de 37.380 para 44.721. O Brasil também é a quinta maior comunidade carcerária feminina (Infopen Mulheres), sendo desta, 60% conectada ao tráfico de drogas. (PONTES; MARTINS, 2017). Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no> >. Acesso em 12 de Novembro de 2017.

que o local da mulher é em subordinação ao homem na esfera doméstica – exerce através do Direito Penal também o referente como homem. E ter o homem como referente nessa seara do Direito é considerar o homem como padrão de criminoso. A mulher, nesse ínterim, se torna duplamente desviante – sua sexualidade e sua condição de gênero. “*O sentido do discurso legal não só é o de impor, designadamente pela via penal, um certo padrão de moral sexual à mulher, mas a construção – e encarceramento – da identidade feminina na relação com a sexualidade, com a procriação e com a maternidade*” (SOUSA, 2015, p. 17).

Carmen Hein de Campos sustenta que a teoria feminista contemporânea se situa no debate pós-moderno e desconstrutivista (como se finalizou o ponto 2.2.1 deste), que busca um distanciamento de dados postos e imutáveis como da verdade, do conhecimento, do eu e da linguagem, geralmente aceitas e legitimadoras da cultura ocidental ou de outras formas de teoria social (CAMPOS, 2017, p. 94). Manifesta que

Desde nossa perspectiva latino-americana, o feminismo pós-colonial e decolonial repensa o lugar da teoria feminista a partir do nosso lugar, contextualizando a experiência das mulheres brasileiras e latinas. O gênero é elemento central do pensamento feminista contemporâneo, já que analisa as formas de desigualdade entre homens e mulheres, mulheres e mulheres e também entre homens. Por isso o debate em torno dessa categoria é essencial para a análise da criminologia. Da mesma forma, a categoria mulheres é elemento fundamental da política feminista. Assim, no debate feminista, a relação entre a teoria e a prática é integrante da análise, ou dito de outra forma, a relação entre os conceitos estruturantes do pensamento feminista e a atuação política feminista. Por isso não há como analisar a criminologia feminista sem discutir o gênero e a categoria ‘mulheres’. Operar a desconstrução e resignificação dessas categorias constitui-se em uma árdua tarefa dentro do campo jurídico. (CAMPOS, 2017, p. 95-96)

Ao referir sobre a temática central desta pesquisa, reitera-se a afirmação de que não se resolvem problemas sociais através do Direito Penal, e o aborto é um problema social de saúde pública, com várias incidências, como direitos de cidadania da mulher e sua consideração em direitos da personalidade, como já se intentou mostrar nos capítulos anteriores. Resta assim encontrar uma resposta constitucionalmente adequada, ciente de que a discussão sobre a legalização do aborto é ética, moral e religiosa, e não somente jurídica, mas que não pode excluir as razões individuais da mulher que aborta, em regra, pragmáticas: como ser mãe solteira, como sustentar (mais) um filho, como não perder o emprego/não largar os estudos, como enfrentar seu núcleo social. Assim, a discussão sobre a filtragem principiológica é necessária, mas não pode vir desacompanhada da noção sociocultural que buscou-se traçar no Capítulo 2 deste texto e das incidências que nela recaem, a ponto de abafar abstratamente a realidade da mulher que decide por um aborto.

3.1 O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República não manifesta qualquer posicionamento sobre o tópico aborto, é completamente silenciosa nesse aspecto, e não é por acidente. A não inclusão da temática do aborto na Constituição foi medida proposital decidida pelas feministas constituintes, que na ocasião perceberam que seria mais prudente não cuidar desse tema naquele momento posto que se o fizessem, seria para vedação da possibilidade de descriminalização. Foi, portanto, uma medida politicamente pensada para discussão infraconstitucional futura, conforme explicou Céli Pinto (2016), o que tem aguardado desde então uma oportunidade de ser revisitada, com finalidades legalizadoras, ainda que as movimentações congressuais estejam se dando com maior força em decorrência do contexto político brasileiro atual no sentido de vedação das hipóteses autorizadas.

Em 1989 no Encontro Nacional Saúde da Mulher, um Direito a ser Conquistado, organizado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), no Rio de Janeiro, há uma demanda pela descriminalização do aborto com base no argumento mais amplo dos direitos, explícito no próprio título do evento. A Carta das Mulheres em defesa de seu direito à saúde, documento final desse encontro, considera inicialmente o aborto como “um problema de saúde da mulher” e demanda a “imediata revogação de todos os artigos do Código Penal que definem o aborto como crime”, lembrando que, na (então, nova) Constituição de 1988, a saúde passou a ser considerada como um direito de todos e um dever do Estado. Ao considerar que as mulheres tinham “o direito de interromper a gravidez”, essa carta lembrava aos legisladores que um direito individual não podia ser tratado como crime. (SCAVONE, 2008, p. 677)

Tal receio contemporâneo, já na segunda década do século XXI, das vedações em toda e qualquer hipótese retrocederia a pauta feminista num anacronismo temático e em vetor diametralmente oposto ao dos países considerados com legislação mais democrática e liberal, como tratou-se no item 1.1.2. deste, que estes, em regra, desde os anos 1970 desencadearam a revisão de seus posicionamentos a respeito do tema, e que demonstra, ao fim e ao cabo, que quanto a esse tema a agenda feminista não obteve qualquer vitória, uma vez que o exato mesmo cuidado já havia em 1988, revelando que não houve qualquer amadurecimento de cidadania no que se refere ao corpo das mulheres.

Na *Carta das Mulheres* enviada ao Congresso por ocasião da redação constituinte originária as mobilizações feministas não fizeram referência direta ao aborto, substituindo a redação por “*será garantido à mulher o direito de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo*”, que, como referido, desistiu-se por diplomacia. Em meados de 1970 o movimento

feminista brasileiro já se posicionava, seguindo uma tendência mundial do movimento, favorável à descriminalização do aborto, e no início dos anos 1980 a Frente Feminista de São Paulo já publicava sobre o tema se posicionando como direito de autonomia das mulheres e pontuando a significativa questão dos perigos à saúde das mulheres e da clandestinidade, que desde então, já se pronunciava uma questão social ao vitimar com maior incidência mulheres de classes populares (SCAVONE, 2008, p. 676).

É certo ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (também conhecida por Pacto de San Jose da Costa Rica) basilar do Sistema Regional Americano em Direitos Humanos estabelece a proteção legal da vida, usando-se da expressão “*em geral desde a concepção*” (Art. 4º. 1 da Convenção), mas mesmo tal manifestação, materialmente, não demarca *a priori* o início da vida jurídica a partir da concepção, cabendo interpretação ampla no sentido de evitação de sua privação de modo arbitrário em todas as suas etapas, o que assiste a argumentação no que tange ao aspecto de fundamentalidade de garantia de liberdade e dignidade da mulher em condição equânime a dos homens, incluindo-se aí a satisfação cidadã de respeito de seu corpo e de seus interesses personalíssimos em sua esfera como tal.

Assim, sua correspondência internamente deve ser lida como proteção aos alimentos gravídicos bem como demais proteções do nascituro nos termos da legislação civil brasileira – esta, por sua vez, declara que os direitos da personalidade se iniciam a partir do nascimento com vida. Ainda necessário constar que, formalmente, a referida Convenção adentra no Brasil através da compreensão do art. 5º §2º da Constituição da República, que compreende a importância dos Direitos Humanos como Direitos Fundamentais, mas que não possuem hierarquia constitucional pela forma de recepção legal, convencionada a chamar de normas supralegais em razão da matéria, não fazendo parte, portanto, do bloco de constitucionalidade formatado no art. 5º §3º da Constituição da República e não constando no núcleo super-rígido das cláusulas pétreas.

Teresinha Inês Teles Pires (2016) em tese publicada, defende que a criminalização do aborto é inconstitucional porque viola o devido processo legal, a igual proteção perante a lei e a liberdade de consciência e de crença; revela que não é possível refletir sobre o aborto na perspectiva da teoria democrática, sem considerar que não é tema unicamente jurídico, mas também moral, político e religioso – sobretudo este (2016, p.15). Para a autora, que tem seus marcos teóricos na doutrina das teorias de democracia de Rawls e Dworkin, sustenta que estes são quem oferecem suporte seguro e coerente para a perspectiva do reconhecimento público

das exigências da dignidade humana individual e do pluralismo ideológico, na medida em que não há o comprometimento de interesses importantes do Estado, que fundamentam o direito ao aborto, logo, sua constitucionalidade, cuja argumentação de Dworkin sobre a dignidade da pessoa humana é a principal direção conceitual a ser tomada (2016, p.17).

Ferrajoli (2004, p. 83-86) sustenta que as diferenças sexuais (biológicas) produzem direitos fundamentais exclusivamente das mulheres, donde é seguido por Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 194-200), nos quais necessariamente a desigualdade deve ser utilizada, a partir do reconhecimento de que o princípio normativo da igualdade consiste em valorizar de modo equânime as diferenças como traços constitutivos identitário pessoal, como tal assegurado pela universalidade dos direitos fundamentais (importante que a leitura deve partir do necessário [re]conhecimento de que a “diferença” sexual e biológica afirmada por Ferrajoli é a partir do homem, logo, a mulher é diferente do homem e a legislação é reconhecida a partir do homem. É essencial tal compreensão a fim de substancialmente interpretarmos a tutela penal advinda em relação aos direitos reprodutivos femininos).

Parece claro para mim que a valorização da diferença sexual baseia-se essencialmente no princípio normativo da igualdade, no sentido de que a igualdade consiste no igual valor das diferenças como características constitutivas da identidade da pessoa e é como assegurada pela natureza universal dos direitos fundamentais. Segue-se que o nosso paradigma, ao identificar o direito à igualdade com o direito a uma identidade diferente, exclui que as diferenças sejam erigidas em status, mesmo com a louvável tentativa de alcançar uma maior tutela e apreciação das mesmas, e confiar apenas na sua afirmação dos direitos da liberdade, isto é, da igualdade na sua livre expressão e autodeterminação. Em suma, nesta base, nenhuma identidade-pertença deve assumir a relevância jurídica de um status pessoal diverso e específico. O paradigma normativo delineado aqui implica que as diferenças - entre homens e mulheres, entre brancos e negros ou entre cristãos e muçulmanos - não se afirmam ou se defendem retrocedendo ao paradigma pré-moderno da diferenciação jurídica entre status, mas com a afirmação de direitos fundamentais nos quais se mede a igualdade e, por outro lado, com o desenvolvimento de suas técnicas de garantia (FERRAJOLI, 2004, p. 84)⁶⁸

⁶⁸ Em livre tradução do trecho: “*Me parece claro que también la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. De ello se sigue que nuestro paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas en status, incluso con el loable intento de conseguir una mayor incisiva tutela y valorización de las mismas, y confía en cambio su afirmación únicamente a los derechos de libertad, es decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación. En suma, con esta base, ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un status personal diverso y específico. El paradigma normativo aquí delineado comporta que las diferencias —entre varones y mujeres, como entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes— no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre status, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad, y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía.*”

Ainda no que se refere a compromissos do Brasil perante a comunidade internacional em legislação sobre Direitos Humanos das Mulheres, somos signatários de acordos internacionais de direitos humanos que preveem a revisão da legislação punitiva sobre aborto e tratamento humanitário às mulheres que recorreram ao aborto, quais sejam, a Conferência do Cairo de 1994 e Conferência de Pequim de 1995 (LUNA, 2017, p. 1160), ambas internalizadas em supralegalidade, por força do art. 5º §2º da Constituição da República. No que se refere ao tratamento das mulheres que recorreram ao aborto no Brasil, direciona-se o leitor ou a leitora ao item 1.1.1 desta pesquisa.

Ao defender direitos fundamentais exclusivamente das mulheres, Ferrajoli o faz a partir da leitura feminista compreendida por ele, onde identifica três possibilidades, a princípio: a liberdade feminina, a inviolabilidade do corpo da mulher e por fim a autodeterminação para o aborto. Ele não compreende a exclusividade nas duas primeiras possibilidades, posto que alcançáveis aos homens, todavia percebe que no que tange ao aborto, algumas violências às garantias e direitos fundamentais são submetidas exclusivamente às mulheres, como método de controle penal sobre seus corpos (FERRAJOLI, 2004, p. 84-85)⁶⁹.

Observe-se que a não situação nominal de matéria referente ao aborto na Constituição da República não exime o tema de uma análise de compatibilidade do argumento de (des)criminalização do aborto a partir dela, haja vista a necessária filtragem principiológica por se estar necessariamente envolvendo princípios fundamentais na interpretação da adequação da tutela e dos interesses do Estado. Logo, seja a partir dos interesses do Estado pela (não) tutela e de sua interpretação conciliadora do Estado laico e de liberdades religiosas, seja a partir de liberdades negativas a partir do indivíduo e de sua autodeterminação considerando-se um direito penal mínimo que cuide pelas garantias fundamentais previstas,

⁶⁹ No original: “Dicho esto, hemos de preguntarnos si justamente la definición aquí propuesta de la igualdad como igualdad en *droits* no comporta una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales específicamente de las mujeres. ¿Existen derechos fundamentales ‘de las mujeres’ y sólo de las mujeres. En el debate feminista han emergido principalmente tres: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. No obstante, me parece que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos sólo de las mujeres. Ahora bien, estas libertades exigen, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres. [...] Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación, pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas.” (FERRAJOLI, 2004, p. 84-85)

as hipóteses não se anulam, pelo contrário, se complementam, uma vez que endossam a constitucionalidade da descriminalização do aborto.

3.1.1 Conflito Aparente Entre Direitos Fundamentais

Considerando-se que direitos fundamentais não estão dados a disponibilidade política ou a de mercado, e que a universalidade desses direitos é correspondente à indisponibilidade, a limites, a restrições e fomento legislativos, para além de uma generalização de direitos fundamentais para todos, faz-se necessário pensar em direitos fundamentais das mulheres, centrado nesse grupo que sempre existiu orbitando o homem como padrão normalizante. Nessa esteira, defendido a partir do princípio da dignidade humana por Soraia da Rosa Mendes (2017, p.190), esta por sua vez a partir das lições de Alexy, posto que a dignidade da pessoa humana veda a “coisificação”:

Em uma dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreende a dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional). [...] A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, bem como de sua proteção. E a garantia da dignidade humana reside nos direitos fundamentais que asseguram o respeito da identidade como pessoa. Respeito este que reclama tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais. (MENDES, 2017, p. 190-191)

Isto posto, a partir da afirmação da dignidade da pessoa humana como fundamento, pode-se pensar que tanto o direito a autodeterminação quanto à proteção são vetores estruturantes a partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal nas situações que envolvem direitos reprodutivos e violência de gênero (MENDES, 2017, p. 192). Mendes sustenta, com base em Tamar Pitch, ao traçar as molduras para um Direito das Mulheres em sua fundamentalidade de direitos, que a liberdade para a mulher significa um conceito fundamental de maior relevo, posto que configura liberdade de autodeterminação e auto realização.

Mendes manifesta que, em Alexy, ao desenvolver conceitos em liberdade positiva e liberdade negativa, o autor diferencia tais liberdades como a liberdade positiva tendo por objeto de liberdade a ação, enquanto na liberdade negativa trata-se de uma alternativa de ação. Assim, seria possível falar em liberdade jurídica na exata medida em que esta liberdade implique numa alternativa de ação, logo, liberdade negativa, porque não veda as possibilidades de ação de uma pessoa, em respeito a sua capacidade de agir. Com isso, é possível traçar a partir da fundamentalidade da liberdade também a limitação da atuação penal

com relação às mulheres, em seus direitos, quando a liberdade se define no contexto de vidas concretas e na exata medida de tais vidas, onde se aloca a discussão sobre a (não) tutela criminal do aborto (MENDES, 2017, p. 193-194).

Quando se sustenta pela descriminalização do aborto, como se faz aqui, busca-se a consideração mais libertária dentro do espectro de tutelas estatais possíveis, considerando-se que ao criminalizar o aborto se nega a possibilidade de escolha da mulher, e ao descriminalizá-lo lhes é dado que, sem o entrave estatal, aja em sua esfera decisória de liberdade, podendo ou não ir pelo aborto, caminho igualmente violento dentro de um rol de violências simbólicas e reais que é submetida (a violência moral e religiosa que perpassa a decisão continua, sendo apenas reduzida a violência legal).

A mulher age “movida pela violenta irrupção de uma gravidez que não buscou, mas que, principalmente, não quer continuar e que a compele a tomar uma decisão também violenta. A vontade não é livre”. Estas últimas palavras são chaves para entender o drama que deve atravessar uma mulher para construir sua decisão de optar por um aborto. A vida é cheia de situações nas quais as mulheres devem escolher pelo que é menos mau quando nenhuma das opções que se apresentam a ela são desejáveis. A maioria das mulheres que já resolveram terminar uma gravidez enfrentaram esse dilema. Ele implica decidir fazer uma coisa que ela tivesse desejado não precisar decidir fazer. A mulher é forçada a decidir pela falta de liberdade original. Independentemente da situação legal do aborto, nunca é um assunto banal; pelo contrário, não é apenas complexo: ele está carregado de implicações simbólicas. (ROSTAGNOL, 2016, p. 222)

O argumento de que o direito a vida, abstratamente defeso no direito do não nascido de nascer como bastante mais que o direito a vida de quem o suporta – a mulher – fica fragilizado se focarmos no objeto tutelado, a vida em abstrato, ou a pessoa detentora da vida, posto que as pessoas são sujeitos juridicamente tuteláveis, e não a vida em potencial, sendo este o marco de tutela pretendido pelo Direito. Tais posições antagônicas sobre a legislação plausível revela que por um lado há uma vida descorporizada (a do *zef*) e por outro um corpo meramente suportando um sujeito de direito descorporizado e em abstrato e em potencial. Um argumento centra-se na decisão de abortar, o outro no sujeito que toma a decisão de abortar (ROSTAGNOL, 2016, p. 227).

Nega-se o corpo da mulher à mulher, em condição equivalente a de tal que o feto se torna matriz e ela orbital daquilo que sustenta – a ela é negado condição equivalente de sujeito mesmo a algo em potencial e que ainda não se concluiu de fato, como se trabalhou no Capítulo 2, em que se tratou sobre a mulher como meio para os anseios masculinos, e não como fim em si mesma se bastando como sujeito. A estrutura de dominação masculina através da

legislação se revela ao se dizer o que se esconde nos objetos moralizáveis encrustados nos argumentos.

O estágio fetal humano não possui consciência de si, sequer possui sistema nervoso central configurado. Ademais, não se basta garantir o nascimento, deve-se implicar em vida digna. O feto não possui personalidade jurídica, e o interesse de tutela do Estado envolve tal marco inicial, que adquirir personalidade importa juridicamente para questões da vida civil – da vida do ser patrimonial e documental. Não é razoável que o Estado – laico – referende um posicionamento metafísico inicial em abstrato da vida postergando uma pessoa real com interesses e com uma vida, salvo se tal pessoa real – a mulher – for tão desqualificada na ordem patriarcal que quem ela é, seu trabalho, sua própria condição de existência e de existir ser desinteressante ao ponto de ser ela sub-humana e ter seus direitos fundamentais como humana negado. A partir do momento que se revela a desumanização posta da mulher por intermédio legal criminalizante, negar-lhe a condição de escolha é endossar essa violência estrutural e oficial, que demonstra ao fim e ao cabo um comprometimento mínimo com instâncias realmente igualitárias.

Mais: se vincular a uma interpretação do sagrado da vida em abstrato constitui dos efeitos da maternidade compulsória e do *locus* romantizado do papel da mulher na sociedade: não há caminho e opção na vida dela que não seja completo senão pelo ato de ser mãe.

O feto ainda é uma incerteza – como fica muito claro da questão da viabilidade usada no julgamento da anencefalia, já tratado previamente – enquanto a mulher/mãe é uma certeza de vida cujos interesses devem ser tutelados (e não o são). Só há uma discussão de conflitos de interesses de direitos fundamentais nesse sentido justamente porque o conflito aparente se dá em tutela de um sujeito de direitos secundarizado, sub-humano – a mulher – como reflexo dessa estrutura, em que o controle reprodutivo passa a ser exercido por homens via legislação e de acordo com seus interesses e não os dela, porque desprovida de tais oficialmente.

Sobre o conflito de interesses em relação ao aborto, Teresinha Inês Teles Pires percebe a possibilidade de resolução adequada à constituição com base em Dworkin e Rawls, em que estes compreendem que dentro da esfera de liberdade, se atua o desinteresse do Estado na criminalização do aborto pelo fundamento da liberdade religiosa (em que Dworkin defende que não crer está compreendido na esfera da liberdade religiosa, tutelada pelo Estado). Ela defende que as doutrinas de ambos oferecem sustentação segura e coerente para a perspectiva do reconhecimento público das exigências da dignidade humana individual e do pluralismo ideológico na medida em que reconhecer à mulher a decisão sobre levar ou não uma gestação

adiante nas primeiras semanas não compromete interesses importantes do Estado (PIRES, 2016, p. 17).

Dworkin se debruça especificamente sobre o aborto em sua obra, a fim de verificar a adequabilidade da decisão da corte suprema com os princípios fundamentais da Constituição dos Estados Unidos e do referencial vocativo de tal como um marco republicano para valores democráticos ocidentais, e reformula o conceito interpretativo da peça, com base agora na dignidade humana com fundamento filosófico para a decisão *Roe versus Wade* (decisão da Suprema Corte Americana de 1973 que compreendeu legal o aborto) que utilizara o argumento de direito à privacidade como marco para se permitir que a mulher decida sobre seu corpo quanto a levar ou não adiante a gestação⁷⁰.

Sustenta que, não obstante a decisão ter sido fundamentada no direito à intimidade (o que, no caso brasileiro, poderia ser arriscado numa consideração de tal alçado a princípio constitucional, que colocaria um impeditivo do Estado a legislar, exemplificativamente, sobre violência doméstica, as colocando fora do alcance regulatório de cidadania que se compreende contemporaneamente como parte também do papel estatal como fomento de igualdade material, e que é, de toda sorte, revalorado interpretativamente pelo autor para adequação), tal pode ser revisitado se considerado que o direito à autonomia procriadora se encontra bem fundamentado na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos porque tão básico que figura na melhor interpretação da liberdade e da igualdade constitucionais como direito fundamental para o conceito de liberdade com ordem, logo, pelo devido processo legal, bem como se exige pela igualdade na consideração do governo para com todos os cidadãos, portanto protegido pela cláusula de igual proteção jurídica (DWORKIN, 2003, p. 232).

Prossegue, dizendo que a divergência sobre a cláusula constitucional protetiva do direito ao aborto entre juristas é compreensível ao considerar-se que algumas cláusulas venham em colisão aparente, mas facilmente superado numa leitura harmônica da legislação a respeito dos direitos humanos.

⁷⁰ Dworkin expõe que, quanto à decisão *Roe versus Wade* e seus críticos opositores, é possível relacionar aqueles que se opõe por não compreenderem ela correta, por ser uma autorização do Tribunal ao homicídio, por ser o feto uma pessoa a partir da concepção, sendo seu direito à vida mais importante que qualquer razão que a mulher possa ter para descontinuar a gestação, este grupo de críticos (em regra assemelhado com os argumentos mais rasos também encontráveis no Brasil) não argumentam sobre as questões jusfilosóficas possíveis no caso, mas encontram equivalência nos fins com um grupo de juristas mais sofisticado e vinculados à direita do espectro político-ideológico, e mesmo alguns não relacionados a posicionamentos conservadores, mas mais tecnicistas, que argumentam pela negativa de legitimidade para uma corte judicial decidi-lo, por ser uma decisão política, condão este dos representantes eleitos do legislativo – nos EUA, competência do legislativo estadual (DWORKIN, 2003, p. 141-142).

Alguns constitucionalistas têm uma estranha preferência pela pureza: querem os direitos ordenados exclusivamente em cláusulas constitucionais que não se sobreponham, como se a redundância fosse um vício constitucional. Contudo, uma vez que entendamos que a Declaração de Direitos e Garantias não é uma lista de remédios jurídicos concretos e detalhados, da autoria de redatores parcimoniosos, mas sim um compromisso com um ideal abstrato do que constitui um governo justo, aquela preferência não tem sentido – tanto quanto não o teria a proposição de que a liberdade religiosa também não é liberdade, ou que proteger a liberdade para todos nada tem a ver com a igualdade. O direito à autonomia procriadora tem um lugar importante não apenas na estrutura da Constituição norte-americana, mas também na cultura política ocidental em termos gerais. A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de resposta para suas próprias consciências e convicções. [...] A premissa mais básica da democracia ocidental – a de que o governo seja republicano, e não despótico – incorpora um compromisso com essa concepção de dignidade. Em sentido amplo, o princípio de autonomia procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática. (DWORKIN, 2003, p. 232-233)

Não obstante a compreensão de que a decisão tenha reafirmado o direito constitucional da mulher grávida à autonomia procriadora e que a proibição legal não possa vir quaisquer termos, reconhece o papel estatal em proteção regulamentar sobre o aborto. Na busca desse equilíbrio de interesses, compreende que a viabilidade fetal de sua completude no último trimestre de gestação colocaria o mesmo na condição de sujeito de interesses e direito, encerrando assim a prerrogativa da mulher, argumentando que trata-se de uma convicção quase universal que o aborto se torna mais problemático do ponto de vista moral quando o que diferencia a gravidez da primeira infância é mais uma questão de localização do bebê – se intra ou extra útero (DWORKIN, 2003, p. 235-237).

Ainda assim, reafirma que a decisão judicial vem suportada pela constitucionalidade principiológica de direitos fundamentais tão caros para a democracia e fundamental para sua existência, qual seja a manifestação de igualdade e liberdade pela consideração da dignidade humana da mulher bem como a do feto, que vem a se tornar um sujeito de interesses, mas que não o é de pronto, porque se está nos estágios iniciais da gestação, momento em que a individualidade da mulher deve ser respeitada diante dos limites da dignidade do nascituro em expectativa de direito e não sujeito de direito em si. Sustenta que qualquer sociedade comprometida com a liberdade deixa tais questões sobre o conceito de existência, de significado e do mistério da vida humana a cargo da consciência individual porque as crenças relativas a tais questões não poderiam definir os atributos da personalidade se fossem formadas sob a compulsão do Estado, respeitando o conceito de santidade da vida individual.

Qualquer nação que preze pela liberdade deve saber em que medida um governo pode legitimamente impor a seus cidadãos juízos coletivos sobre questões espirituais (DWORKIN, 2003, p. 240).

Tanto Dworkin quanto Rawls têm em comum a indispensabilidade de uma interpretação conjunta dos princípios da liberdade e da igualdade, não se defendendo a primazia de uma em relação a outra, mas a necessidade da coexistência para exercício pleno de ambas. Rawls sugere a precedência da liberdade, mas que somente será válida se esta for assegurada a todos em condições de igualdade (cunhada na expressão “*liberdades iguais*”), e pode ser usado como marco interpretativo para a conclusão aqui realizada, enquanto Dworkin efetivamente analisa a questão do aborto também por essa linha, ainda que em sua obra genericamente tenha dado precedência à igualdade (PIRES, 2016, p.19).

Rawls estabelece a ideia em razão pública do consenso sobreposto, ao analisar o papel da coisa pública na tutela de divergências condicionais sobre liberdades e igualdades de sujeitos, encontrando como base do justo e do ambiente democrático o que chama de consenso sobreposto e do razoável a ser levado em conta no processo decisório do Judiciário.

Um argumento é razoável quando pode ser expresso em termos públicos, o que na Suprema Corte pode ser medido pelo cumprimento dos princípios e das normas constitucionais. O consenso sobreposto representa um conjunto de acordos firmados por diferentes comunidades morais de um Estado democrático e que, no caso específico do aborto em uma democracia laica, expressar-se-ia na garantia da neutralidade confessional dos argumentos. Isso significa que um juiz da Suprema Corte não pode ocupar o mesmo papel político que um parlamentar ao propor um projeto de lei sobre aborto no País: a razão pública e o compromisso com a laicidade são guias para o raciocínio moral e jurídico de um juiz, ao passo que muitas vezes não o é para um parlamentar. (DINIZ; VÉLEZ, 2008, p. 650)

Assim, uma resposta correta e coerente para a problemática do aborto, suportada em parâmetros aceitáveis à luz do necessário equilíbrio entre a liberdade e a igualdade é possível. Na concepção de Dworkin a ideia da verdade se concilia com a afirmação da independência ética no que se refere a decisões individuais que não afetam significativamente direitos de outrem, o que não se afasta do princípio da razoabilidade de Rawls, cuja ideia de razoável articula valores morais extraídos das faculdades racionais das pessoas enquanto pessoas livres. Logo, o direito da gestante de formar sua convicção própria sobre o peso moral que deve atribuir a seu próprio aborto encontra justificativa circunstancialmente, seja enquanto fundamento em categorias éticas, seja enquanto fundamento em categorias políticas (neste caso incluso no domínio da política também o domínio da ética como componente essencial da validade do consenso coletivo). Nos conceitos políticos de Rawls, a aceitação pública da

decisão da gestante referente a interrupção da gravidez é representativa da concretização de uma liberdade básica em que seu exercício deve compor a concepção de justiça como equidade – esta um valor político que circunscreve o espaço do exercício da cidadania no contexto da vida comunitária, enquanto a “autonomia ética” é de competência da individualidade de cada um (PIRES, 2016, p. 43).

Se desenha, assim, que não há um conflito entre princípios fundamentais, senão que existe, em fato, uma complementariedade que resguarda o direito de escolha da mulher na magnitude de sua dimensão moral e política que reflete sua autonomia como sujeito de direitos apta a decidir por si sobre questões relativa a seu corpo e sua vida e seus interesses, devendo ser o direito ao aborto reconhecido como um direito constitucionalmente assegurado, que derivativo de princípios de justiça subsumidos a normas de direitos fundamentais de liberdade e igualdade, haja vista que os direitos da maioria e integrativos de opiniões majoritárias não tem o condão de sobrepor-se a direitos individuais. A mulher que decidir-se pelo aborto está protegida pelo princípio de uma vida digna e da dignidade da pessoa humana que é, que age em liberdade como sujeito de direitos (posto que o nascituro não o é) e de credo. Aquelas que compreenderem pela santidade e do valor intrínseco da vida podem decidir-se em sua esfera de liberdade por não agir, para si, em detrimento do feto, e logo não optando por um aborto.

3.1.2 O que significa o HC 124.306/RJ

Historicamente, é importante observar que o aborto passou a ser algo de interesse público no início do século XX, quando foi necessário se pensar o desenvolvimento nacional através do controle de natalidade, posto que até então contraceptivos e abortivos eram anunciados pela mídia vigente, vendidos em farmácias e quando se referiam a “medicamentos para mulheres” escondiam do rótulo os efeitos abortivos, numa relativa tolerância ao assunto – a pílula anticoncepcional ainda não existia e os métodos de controle eram pouco precisos (DEL PRIORE, 2013, l. 2338).

Durante o Estado Novo, valorizou-se a ideia de coesão social para fortalecer a pátria. Esse apelo implicava a definição de um modelo de família que expurgaria todos os problemas: imoralidade, sensualidade e indolência. A população suspeita de incorrer nesses “delitos” sofria repreensões. O papel da mulher não era na rua, trabalhando, mas em casa, cuidando dos filhos. De todos. Nada de controlar o tamanho das famílias, mas sim de cuidar para que não produzissem casamentos desfeitos, tendo de lidar com suas consequências: alcoolismo, delinquência, marginalidade. Em 1940, o novo Código Penal definia prisão de um a três anos

para gestante que abortasse. [...] Apesar dos cuidados legais, poucas mulheres foram punidas por aborto voluntário. A maioria tinha que enfrentar a repreensão social: polícia em casa, depoimentos de parentes e vizinhos, fofocas e humilhações. Acusadas de “amantes” de alguém, esse “alguém”, contudo, raramente dava as caras. (DEL PRIORE, 2013, l. 2339)

Culminou-se que, modernamente, no fim de 2016 manifestou-se ineditamente o Supremo Tribunal Federal, na figura do Ministro Luis Roberto Barroso (este, por sua vez, declaradamente estudioso da doutrina de Dworkin), seguido pela maioria dos demais, em caso de Habeas Corpus analisado pela corte, no sentido de atribuir uma interpretação constitucional aos dispositivos referentes ao aborto presentes do Código Penal, com a finalidade de considerar fato atípico a realização do aborto até a 12^a semana de gestação (usou na decisão o termo “primeiro trimestre”), o que geraria uma nova leitura dos artigos sem necessidade de alteração legal.

Os artigos que referenciam o tema estão entre os artigos 124 a 128 do Código Penal (e lá se encontram desde 1940) tipificando o auto aborto, bem como o aborto realizado por terceiros com e sem consentimento da gestante. O art. 128 traz as excludentes de ilicitude, como sustenta a doutrina majoritária (vide item 1.1), logo, não se trata de conduta atípica, no chamado aborto terapêutico, cuja gestação apresenta riscos à mulher, bem como em casos de estupro e mais recentemente por decisão jurídica, em caso de anencefalia, como visto previamente.

Não há definição legal para o que seria “aborto”, bem como não há marcos legais determinantes do período em que abrange o tipo penal, tratando-se de uma definição em aberto, como também já tratou-se, e a doutrina tradicional compreende que para efeitos criminais seja considerada a interrupção intencional do processo de gravidez com a morte do feto, cujo fundamento para a tipificação reside na garantia constitucional de proteção à vida humana, em que a ideia se encontra reforçada por valores religiosos e existenciais da própria espécie; todavia, questões sociais e de saúde pública, consideravelmente em países periféricos como é o caso brasileiro, uma vez que os auto abortos clandestinos geram mortes e infecções especialmente nas classes sociais de base.

Também ganhou força questões de proteção de saúde física e psíquica da mulher, do reconhecimento de sua dignidade, livre arbítrio e autonomia (DELMANTO, et al, 2007, p.372), o que tende a ganhar cada vez mais espaço e consideração pela literatura jurídica visto o maior espaço de discussão para questões feministas no campo do Direito, sendo a pauta da legalização do aborto um marco nesse sentido de lutas pela liberdade de disposição e autonomia do próprio corpo.

Como tratou-se no primeiro capítulo, não há definição jurídica no tipo que considere o tempo de gestação – a partir de qual momento gestacional até quando na gravidez/parto – que possa ser tutelada pelo tipo, oportunizando toda sorte de possibilidades interpretativas. Existem alguns marcos que costumam ser considerados, como o do “início da gravidez”, em que tradicionalmente se considera o início da tutela do tipo, e mesmo o marco temporal de quando se daria tal início não possui unanimidade – nem jurídica, nem médica, nem moral, religiosa ou filosófica – em que para uns seria a partir da nidação (implantação do ovo na cavidade uterina) enquanto para outros o início da gravidez se daria na concepção (a partir do encontro entre óvulo e espermatozoide). A interpretação sobre o marco inicial tende a dar-se a partir da nidação, mesmo para viabilização do uso da pílula emergencial do “dia seguinte”, que impede a fixação do ovo na cavidade uterina, só que posteriormente à concepção.

A discussão aprofunda-se nos marcos temporais quando se diferencia o início da gravidez com o início da vida [viável], haja vista que a garantia constitucional protetiva da vida não a resguarda na condição de direito fundamental absoluto, tendo inclusive previsões de exceções, ao passo que, como já mencionado, os direitos de personalidade civil iniciam-se, de acordo com a legislação vigente, a partir do nascimento com vida. Se considerado o valor intrínseco da vida, numa vinculação com a santidade e milagre da geração humana, e não a respeito dos interesses ou direitos do feto (que inexistentes) como leciona Dworkin, restariam impedidos inclusive manipulações genéticas de fecundação laboratorial e descarte de embriões para uso científico, que tecnicamente se enquadraria no tipo. Em todo caso, tal consideração revelaria o descaso pela vida e personalidade e interesses da mulher como indivíduo, uma vez que a proteção jurídica dada à gestação desde a concepção, como se pretende, ou mesmo no modo previsto no Brasil, é uma hipótese que desconsidera todos os planos da mulher e a vincula a uma tutela estatal – como um útero a serviço do Estado - pois pretende encerrar na “vida” abstratamente considerada como sujeito de direitos, quando de fato as pessoas – incluindo-se as mulheres... vale lembrar – são sujeitos de direito.

Para fins científicos vigentes numa interpretação com respaldo normativo na Lei n. 9.434/1997, que compreende o óbito como “morte encefálica”, portanto o seu oposto seria início da vida a partir do momento em que o feto possui impulsos cerebrais (DELMANTO et al, 2007, p.373), como já explorou-se supra em subtítulo específico (DWORKIN, 2003, p.22).

Justamente nesse sentido de interpretação temporal da norma penal em branco foi que deu-se a interpretação filtrada constitucionalmente do Ministro Barroso, no Habeas Corpus 124.306/RJ, judicialmente um marco importante no debate e no reconhecimento da

pauta, e que na sequência se analisa alguns de seus principais argumentos pela descriminalização do aborto, ao colocar em perspectiva e levar em consideração os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia como gestante, bem como sua integridade física e psíquica⁷¹.

(a) A decisão considerou o papel do Estado em situações moralmente controversas, como ocorre com o aborto, ao manifestar-se no sentido de que

Em temas moralmente divisivos, **o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma.** O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: **por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.** [...] A reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. **O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controverso, criminalizar a posição do outro.** [*grifo nosso*] (STF. HC 124.306/RJ)

Nesse sentido, em complemento ao trecho da decisão já bastante elucidativo sobre a função de inclusão do Estado e tutela de todos os interesses como princípio democrático, retomando pontos supra referidos, é importante observar ao que se presta tal tutela do modo como posto, em que penalizar o aborto cumpre função anacrônica de perpetuação de culpa religiosa e moral, como medida de desqualificação feminina e punibilização da liberdade sexual, fomentando culturalmente a postura de que o corpo da mulher não é lugar de posicionamento integral de si que o posicionamento político que emana é a partir da disposição do Estado que o tutela através de uma legislação construída e sistematizada para o domínio feminino a partir da “normalidade” de gênero masculina. A Constituição declara o compromisso com o ideal abstrato que constitui um “governo justo e igualitário”. Na cultura política ocidental, em termos gerais, o direito à autonomia procriadora é característica da dignidade humana individual, e assim defronta-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas e escolhas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções (DENORA; ALVES, 2016).

Nesse sentido, ao tratar de razão pública, Débora Diniz e Anna Cristina G. Vélez (2008, p. 651) explicam que a mesma deve ser não apenas um instrumento argumentativo para os juízes e os procuradores em sessões de julgamento, mas também uma garantia para a

⁷¹ Para o voto na íntegra, pelo *link* e ao final neste, em anexo: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> > Acesso em 13 de Agosto de 2017.

estabilidade democrática de um Estado constitucional. E o compromisso com a mesma em assuntos que versem sobre o aborto é representada pela razoabilidade argumentativa e com a neutralidade confessional do Estado devendo ser a linguagem do Estado exercido através do Supremo, e um instrumento de controle democrático de seus posicionamentos.

(b) Ao realizar a filtragem constitucional dentro da ponderação dos conflitos aparentes de direitos fundamentais em tutela, bem como naquilo que é muito caro aos movimentos feministas em fomento de igualdade material de gênero, manifestou-se no sentido de que

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: **os direitos sexuais e reprodutivos da mulher**, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; **a autonomia da mulher**, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; **a integridade física e psíquica da gestante**, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; **e a igualdade da mulher**, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. [...] A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva [...] [Há] uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. **Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez**, e que o homem não engravida, **somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.** [*grifo nosso*] (STF. HC 124.306/RJ)

É muito relevante em representatividade (sobretudo em tempos de mitigação dos direitos sociais de minorias) a interpretação com enfoque na igualdade na diferença, que visa estabelecer parâmetros materiais de equivalência, ao considerar inclusive o papel social da mulher no exercício do ser e de ser mulher em seu corpo (“*a mulher que suporta o ônus integral da gravidez*”) integrando e respeitando sua decisão e autonomia.

As relações sociais e jurídicas são complexas e o Estado já reconheceu formalmente questões fundamentais para todos, sem exceção. Portanto também inclui a mulher como sujeito de direitos quanto o homem e necessita de representatividade política e organizacional para a satisfação de seus interesses específicos devido a sua particular condição num ambiente democrático. Para novas situações juridicamente sofisticadas não se pode dar soluções velhas e simplistas. Em suma: não se pode continuar criminalizando o diverso e sua condição.

Em análise histórico-evolutiva das conquistas das mulheres, evidentemente que se vislumbra a partir do momento presente uma inclusão expressiva em esferas de direitos e participação social. Todavia essa inclusão é acompanhada de violências, simbólicas e/ou

fáticas, que perpetuam condições desiguais, tanto em direitos como reflexos socioculturais (DENORA; ALVES, 2016).

As sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o *establishment*. As mulheres sofreram uma espécie de *capitis diminutio*, sendo que passaram a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais. Mesmo as leis mais democráticas mantiveram as mulheres nesse patamar. (BREGA FILHO; ALVES, 2013)

E considerar os aspectos específicos pela condição enquanto mulher é representativo mesmo como inclusão no fluxo revolucionário democratizante de uma sociedade que objetiva caminhar na percepção do outro na condição de igual e livre.

(c) A decisão também não foi silente quanto ao recorte das funções reais a que se presta legislação proibitiva em sede de direito penal, nesse caso segregacionista na interseccionalidade de gênero, raça e classe, que ao tentar dar uma resposta criminal inócua para um problema social, termina por gerar novos problemas sociais, como na saúde pública, e rompe declaradamente com a hipocrisia negatória da existência de metarregras e práticas sociais as quais o Estado não alcança pela sua estrutura formal legislativa, e que ignorar a clandestinidade da prática equivale a mortes e esterilizações de mulheres, ao manifestar que negar juridicamente uma realidade social não faz com que ela desapareça:

Ao se afirmar a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele **seja raro e seguro** [...] A tipificação penal produz também **discriminação social**, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. **Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro**. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. [...] **O que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem** devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. [*Grifo nosso*] (STF. HC 124.306/RJ)

Ao aprofundar o anseio de um Estado efetivo e inclusivo, mostra o que já se discute dentro das criminologias críticas sobre o uso do direito penal como promotor de desigualdade, encarcerador da pobreza e da baixa escolaridade, por um recorte de classe muito claro, que serve para fins declarados (reinserção social do criminoso, reeducação intensiva pela pena, resposta à sociedade como fim educativo indireto), e para fins não declarados, porque

“escondidos” na fachada das declarações oficiais do poder estatal, reproduzidos extensivamente de forma a banalização criminal e a partir da criação da falsa sensação de segurança através do Direito Penal.

Esses fins não declarados importam no tema do aborto, porque utilizam o Direito Penal como meio de legitimação de discurso não assumido e não revelado, segregador de classe e promotor de estigmatização do diferente. Neste caso, da mulher e da sexualidade feminina, e sobretudo da mulher pobre (e em maioria negra), que por sua condição dependente das políticas de saúde pública do Estado e pela pouca ou nenhuma instrução/informação adequada a meios contraceptivos (DENORA; ALVES, 2016).

O direito penal é patriarcal, patrimonial e promotor de desigualdades, age para justificar questões de classe e uma moral burguesa de submissão e exclusão/negação da mulher, da sexualidade feminina, e através dele perpetua os fundamentos a que veio.

Cuidar de igualdade em condições desiguais – de classe e de gênero, aqui enfatizado – é cuidar da necessidade de implementação de ações afirmativas a fim de estabelecer condições equânimes de realizações, e não simplesmente satisfazer as necessidades sociais através de resposta criminal como política criminal de Estado.

Estima-se que aqui sejam realizados de 700 a 800 mil abortos clandestinos anualmente. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), em 2012 somente no Brasil 200 mil mulheres morreram devido a complicações em abortamentos, o que, como argumenta e orienta a própria Organização das Nações Unidas, teria sido resolvido se os direitos reprodutivos e de saúde da mulher fossem uma prioridade governamental⁷².

Ainda, conforme dados colhidos pela PNA (Pesquisa Nacional do Aborto), ocorrida entre 2010-11, mulheres negras, adolescentes/jovens adultas, de baixa escolaridade tendem a ser maioria ao passar pelo procedimento, por fatores variados, desde questões de baixa renda a abandono pelo companheiro (DINIZ; MEDEIROS, 2013). São mulheres que estão sozinhas

⁷² Sobre a postura da ONU em relação ao elevado índice de mortalidade das mulheres em aborto no Brasil: < http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onu-cobra-brasil-por-mortes-em-abortos-de-risco,837576_>; Sobre mulheres pobres serem as principais vítimas da criminalização do aborto: < http://noticias.terra.com.br/brasil/com-1-milhao-de-abortos-por-ano-mulheres-pobres-ficam-a-margem-da-lei,0401571f0cd21410VgnVCM5000009cceeb0aRCRD.html_>; Sobre a justificativa da postura do então Executivo em relação ao assunto: < http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-da-saude-contesta-dados-da-onu-sobre-abortos-no-brasil-4019839_>; e sobre o necessário debate que deve ser feito sobre o assunto, conforme dados apresentados no texto: < http://www.brasilpost.com.br/jornalismo-de-rede-e-rua/aborto-descriminalizacao_b_8209726.html_>. Acesso em 29 de Setembro 2015. Sobre o atual ocupante da cadeira da presidência da República, que diz que “*a vida do nascituro deve prevalecer sobre o desejo da gestante*”, num claro posicionamento de que as mulheres não são prioridade nessa gestão. Disponível em < http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacollucci/2017/04/1872896-vida-do-nascituro-deve-prevalecer-sobre-desejo-da-gestante-diz-temer.shtml_> Acesso em 13 de Novembro de 2017.

com sua dor e desamparadas pelos seus e pelo Estado, e este insiste em negar a elas direitos básicos de vida digna.

(d) E por fim, no que se refere a análise ponderativa de estabelecer socialmente um regime de interesses a quem proteger – que ao fim e de pronto, haverá uma difícil escolha a ser feita, nos limites das liberdades individuais de cada consciência e um aparente conflito de direitos fundamentais e interesses – e qual a forma de tutela mais inclusiva destes interesses, em que manifesta o ministro que *“É preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto”*.

Sarmiento observa que o tema do aborto envolve a autonomia reprodutiva da mulher, com fundamento constitucional na liberdade e privacidade, cuja proteção constitucional dada à vida pré-natal deve ser ponderada aos direitos humanos da gestante, bem como sua autonomia, e uma resposta criminal não é satisfativa ética e constitucionalmente. Manifesta que

O que não parece de todo admissível é negligenciar um dos componentes desta equação, como fez o legislador penal brasileiro, ao ignorar solenemente a autonomia reprodutiva da mulher no tratamento conferido ao aborto. Que isto tenha ocorrido no início da década de 40 do século passado - no contexto de uma sociedade profundamente machista, e num momento político autoritário, em que a liberdade não era devidamente prezada - não é de se admirar. Mas o que não se compreende é a manutenção da mesma equação legislativa em pleno século XXI, num cenário axiológico absolutamente diverso, e sob a égide de uma Constituição que entroniza a liberdade com um dos seus valores máximos. (SARMENTO, 2014, p. 77)

Respeitar os direitos de personalidade da mulher e confiar a ela que possa decidir sobre questões de seu próprio corpo estão na base dos direitos fundamentais no que tange à tutela e garantia não somente de questões igualitárias materiais, mas de liberdade. Não há um direito a vida em abstrato do feto como sujeito de direitos defensável na estrutura de interesses posta diante da filtragem democrática pleiteada como valorativa pelo jus filósofo.

A escolha em vigência pelo Estado ao criminalizar o aborto é a de abandonar essas mulheres, é estar presente apenas como obstáculo muito violento para sua realização enquanto pessoa de direitos e em exercício de direitos. Manter o aborto sob a égide do Direito Penal tão somente exerce punição sobre o corpo da mulher – se não a do cárcere, a punição indireta, que a obriga a buscar meios ilegais para realização do aborto, a colocando em riscos – de

saúde a jurídicos - porque a presença criminal do Estado o faz ausente positivamente na realização da plenitude das capacidades dessa mulher.

Mas então a manifestação do Ministro Barroso descriminaliza o aborto no “primeiro trimestre”? Não. Na prática, ele tão somente manifestou seu entendimento descriminalizante interpretativo, com o escopo liberal claramente teorizado a partir de Dworkin, que sabido, tem influência acadêmica no então professor Barroso.

É uma persiana que se abre numa atmosfera densa de *film noir*, mas muitas janelas e portas ainda estão fechadas e em preto e branco sobre o tema.

3.2 ABORTO COMO EXERCÍCIO DE AUTODETERMINAÇÃO E DIGNIDADE REPRODUTIVA

Restringir o direito da mulher a realizar um aborto seguro é correspondente a um déficit de cidadania para elas. Como nos explica Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel (2016, p. 9-10),

A decisão sobre realizar ou não um aborto incide diretamente sobre a integridade física e psíquica das mulheres. É sua condição de sujeito autônomo, de sujeito responsável por sua própria vida, que é colocada em questão quando as normas correntes retiram dela essa decisão. Motivações de caráter moral e religioso [...] são ativadas para justificar que cerca da metade da população – as mulheres – seja privada do direito básico a tomar decisões sobre o que se passa no seu corpo. A noção liberal de “propriedade de si”, importante na construção de sentidos para a individualidade e na determinação de direitos civis no mundo moderno, permanece frágil diante de legislações que criminalizam o direito das mulheres ao aborto. De uma perspectiva democrática, há inconsistências sérias se uma sociedade se orienta por normas que determinam a igualdade entre mulheres e homens como cidadãos em alguns âmbitos da vida social e política, mas chancela uma compreensão desigual e hierárquica da sua condição de agentes morais. É o que ocorre quando é retirada das mulheres uma decisão fundamental para o exercício efetivo de sua cidadania, assim como para a garantia de sua integridade física e psíquica.

Flávia Biroli (2016, p. 40-41) sustenta que o direito ao aborto é um direito de cidadania, posto que sem ele resta comprometido o igual exercício a autonomia porque definidas limitações seletivas de acordo com o sexo no direito básico de disposição do próprio corpo.

O direito ao aborto tem raiz na tradição liberal, mas as teorias feministas são legítimas ao analisar a problemática a partir da experiência das mulheres, porque assim também o valor da vida passa a ganhar distintos sentidos (se considerar-se ou não a posição das mulheres e suas motivações sobre aborto).

O direito das mulheres de definir o que se passa com seu corpo e qual será sua trajetória é construído como oposto à preservação da vida (do feto) e, nesse sentido, como uma espécie de direito de morte. É possível considerar, no entanto, que o valor da vida atravessa diferentes elaborações, e posições, no debate sobre aborto, estando presente tanto entre aqueles que se apoiam em fundamentos religiosos quanto entre aqueles que se apoiam em fundamentos seculares. De um lado, esse reconhecimento pode ser importante para expor as estratégias dos grupos religiosos, que restringem o sentido da vida, procurando construir negativamente as posições favoráveis ao direito ao aborto. De outro, parece importante deixar claro que a história das garantias políticas seculares aos indivíduos está baseada fundamentalmente em uma valorização ímpar da vida de cada indivíduo. (BIROLI, 2016, p. 41)

Com isso se posiciona no sentido de que o aborto não ser criminalizado é uma das condições de dignidade e valorização da vida das mulheres já existentes, que como cidadãs devem ter garantidas sua integridade física e psíquica. Nesse ponto do debate faz diferença se posicionar em ter-se a vida como algo sagrado e fora do arbítrio humano, porque dom divino independentemente da ação humana (posicionamento vinculado aos “pró-vida”), ou se, por outro lado, o valor da vida se define no respeito aos seres humanos como indivíduos concretos, sujeitos corporificados de projetos e interesses, com relações afetivas e aptos a refletir sobre tais e suas posições – e consequências e ações – relativas aos outros (vinculados ao pré-escolha). *“Se este último entendimento não é um ponto de chegada, ele é sem dúvida o único ponto de partida possível para a consideração do problema do aborto quando autonomia individual e democracia são valores de referência”* (BIROLI, 2016, p.41).

Tal reconhecimento de cidadania da mulher como tal parte da premissa necessária de considera-la parte fundamental da construção de um Estado Democrático de Direito inclusivo, e não apenas um meio de fomento populacional desse Estado. Trata-se de uma compreensão social dos indivíduos em coletividade identitária naquilo que lhes define na condição de minorias.

Scavone (2008, p. 677) explica que o aborto como questão de direito individual remete ao fundamento do feminismo contemporâneo que trata do princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo, que, como tratou-se no Capítulo 2, historicamente violado em pertencimento a partir do olhar estruturante do “homem branco”, sendo tal direito baseado nas ideias de autonomia e liberdade do liberalismo, expresso na máxima feminista *“nosso corpo nos pertence”*, que se difundiu internacionalmente a partir dos países centrais e marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção e ao aborto. Continua sua explicação, manifestando que a apropriação do corpo também significava para as mulheres a possibilidade da livre escolha da maternidade.

No caso brasileiro, essa influência foi clara no início do feminismo contemporâneo (1970/85) e, posteriormente, será ressignificada na adoção do conceito de direitos reprodutivos, a partir de meados dos anos 1980. A noção de direitos reprodutivos propagou-se no feminismo brasileiro a partir da sessão do Tribunal Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos, no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, em Amsterdã, em 1984. Ela foi acatada pelo grupo de brasileiras ali presentes e, em seguida, “incorporada à linguagem feminista” uma década antes de ter sido “consagrada nas conferências do Cairo e de Beijing”. A utilização desse conceito no contexto da redemocratização do País teve um êxito considerável por se tratar de um novo modo de abordar os problemas de saúde das mulheres, até então, considerados como “circunscritos à natureza, ao pecado, à vontade divina ou ao poder dos médicos” e dos legisladores. Considerar esse direito na perspectiva da expansão dos direitos humanos – como é tido pela corrente feminista brasileira dos direitos – é aceitar sua ascendência nos direitos individuais que nos remete à apropriação do próprio corpo. (SCAVONE, 2008, p. 677)

Soraia da Rosa Mendes (2017, p.194-195), por sua vez, compreendendo a partir da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar, bem como a partir do conceito em direito fundamental de liberdade negativa (alternativa de ação) alexyana, como tratou-se no início do ponto 3.1.1, estrutura os limites de atuação do direito penal nos direitos reprodutivos das mulheres a partir do direito à autodeterminação – como derivativa específica da própria liberdade negativa apontada.

A autora orienta seu argumento em Ferrajoli, este que defende a existência de direitos fundamentais exclusivos das mulheres, com base em seus direitos reprodutivos pela diferenciação biológica, por tratar-se de um direito que é ao mesmo tempo fundamental e exclusivo das mulheres por motivos múltiplos e bem fundamentados: (a) porque forma um todo com liberdade pessoal, que não pode deixar de envolver a autodeterminação das mulheres para se tornar mãe porque expressa, diz Ferrajoli, o que John Stuart Mill chama de "soberania" de cada um sobre a própria mente e o próprio corpo; (b) porque qualquer decisão heterônoma, justificado por interesses alheios aos das mulheres, equivale a uma lesão no segundo imperativo kantiano no qual ninguém pode ser tratado como um meio ou instrumento, ainda que de procriação, para fins não próprios, mas somente como um fim em si mesmo; (c) porque, em suma, ao contrário de qualquer outra proibição criminal, a proibição do aborto equivale a uma obrigação – a obrigação de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar uma criança - em contraste com todos os princípios liberais do direito penal (FERRAJOLI, 20014, p. 85).

Com efeito, não é apenas uma liberdade negativa fundamental (de não se tornar mãe e, portanto, de abortar), mas de uma imunidade de construções e servidões pessoais que é complementar a uma liberdade positiva fundamental: o direito-poder de gerar, trazer pessoas ao mundo, que é um poder, por assim dizer, de natureza pré ou meta-jurídica, pois é o reflexo de um poder natural inerente

exclusivamente à diferença feminina. Não é apenas um direito de liberdade, mas também um direito-pretensão a que deve corresponder obrigações públicas, especificamente exigíveis, de assistência e cuidados, tanto no momento da maternidade quanto no aborto. (FERRAJOLI, 2004, p. 85)⁷³

Ferrajoli endossa que homens e mulheres, ao menos no que tange aos direitos reprodutivos, não são juridicamente iguais e nem o devem ser, e que neste sentido deveria ser o reconhecimento normativo, uma vez que para este direito, inobstante a aparência paradoxal da igualdade material através do reconhecimento da desigualdade, tal defesa de diversidade de tratamento em relação ao sexo não contradiz o paradigma normativo da igualdade e é justamente através e pela igualdade que deve ser reivindicado.

O direito à maternidade voluntária como autodeterminação das mulheres sobre o próprio corpo pertence exclusivamente a ela, porque na questão da gravidez os homens não são iguais às mulheres, e é apenas desvalorizando as mulheres como pessoas e reduzindo-as a instrumentos de procriação que os homens conseguiram expropriá-las de sua potência pessoal, submetendo-as ao controle criminal. Portanto, não pode haver um "direito à paternidade voluntária" análogo e simétrico ao "direito à maternidade voluntária", pelo simples motivo de que a gestação e o parto não pertencem à identidade masculina, mas apenas à feminina. Onde a decisão de trazer ou não trazer ao mundo através de um corpo feminino também foi subordinada ao acordo com os potenciais pais, a decisão dos mesmos seria sobre o corpo de outra pessoa e equivaleria ao exercício de um poder do homem sobre a mulher que violaria ao mesmo tempo a liberdade das mulheres e o igual valor das pessoas. (FERRAJOLI, 2004, p. 86)⁷⁴

⁷³ Em tradução livre do original: *“Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la “soberanía” de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento — aunque sea de procreación — para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación — la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo — en contraste con todos los principios liberales del derecho penal. En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir constituyente, de tipo pre - o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el de aborto.”* (FERRAJOLI, 2004, p. 85)

⁷⁴ Tradução livre do original: *“el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un «derecho a la paternidad voluntaria» análogo y simétrico al «derecho a la maternidad voluntaria», por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.”* (FERRAJOLI, 2004, p. 86)

Por ocasião da ADPF 54 (casos de anencefalia) no Supremo Tribunal Federal, houve a necessidade dos Ministros manifestarem-se no sentido de que não estava ocorrendo a descriminalização do aborto, como se tratou em item 1.1.1 deste, ainda que na apreciação dos fundamentos a decisão tenha sido dada com base em fundamentos reconhecendo os direitos fundamentais das mulheres, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais: especificamente os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres que passavam por aquela situação e que desejavam escolher por poder ou não levar a gestação adiante sem a necessidade de judicialização e imprevisão da permissão/punibilidade.

A Corte reconheceu assim os direitos fundamentais das mulheres em moldes aproximados ao aqui abordados; também se apreciou na oportunidade, que as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las (no caso, através da legislação criminal). A conciliação entre a liberdade religiosa e o Estado laico determina que as religiões não guiarem o tratamento dispensado a direitos fundamentais sob fundamento da moral religiosa, tal como o direito à autodeterminação, à saúde física e mental, privacidade, liberdade de expressão, orientação sexual e liberdade no campo da reprodução (MENDES, 2017, p.197-200).

Deste modo, já se emoldurou com bastante objetividade os limites da intersecção entre Estado e fé, como também se discutiu no ponto 1.2 deste texto, de tal forma que a influência religiosa pode interferir nas decisões a partir da pessoa, enquanto sujeito individual, mas tal teor não deve orientar a normatização estatal, que deve atender a todos os espectros de fé, inclusive a quem não a tem.

O respeito à dignidade da mulher inclui a garantia de sua autonomia reprodutiva e escolher pelo aborto é moralmente admissível, posto que tal escolha emana do direito à liberdade, inclusive a de consciência. Aquela que reivindica o direito ao aborto e de sua prática legalizada o faz em pleito de reconhecimento de sua capacidade de compreender, dado seus valores pessoais, o impacto gerado por essa decisão em sua vida como um todo, incluindo-se o impacto da maternidade – e é ela quem possui a maior legitimidade para valorar isso sobre si (PIRES, 2016, p. 51).

Conforme ensinado por Betty Friedan, a pretensão da mulher de assumir o domínio do processo reprodutivo redimensiona o debate sobre o aborto, de modo que a categoria de autonomia moral se conecte à consciência do prejuízo social impingido ao “ser” feminino, ainda uma realidade inegável. A sustentação do direito ao aborto, em caráter fundamental, torna-se robusta pela referência aos

critérios equitativos de justiça. A manifestação de vontade da gestante representa a única voz que deve ser ouvida quando se trata da decisão de ter ou não ter um filho. Sob esse prisma, a legalização do aborto fundamenta-se nos três princípios supremos do constitucionalismo considerados em conjunto: “liberdade, igualdade e dignidade”. Liberdade e igualdade se fundem em seus papéis protetivos da autonomia individual em contraposição à intervenção do Estado, como Estado legislativo, na medida em que se afirmam na qualidade de elementos básicos da dignidade humana e da personalidade moral. A verdadeira revisão da história de discriminação sexual feminina exige uma reviravolta na condição política da mulher, no sentido da passagem da passividade e da coisificação para o exercício pleno da autodeterminação e da dignidade moral. (FRIEDAN, 1969, apud PIRES, 2016, p. 50)

Reconhecer o direito da mulher em autodeterminação e dignidade reprodutiva implica ainda num reconhecimento legal e fomento de políticas públicas inclusivas, sob pena de repetirmos políticas de segregação de cunho eugênico, como narra Angela Davis (2016, p. 205-223).

Quando feministas do século XIX apresentaram a reivindicação pela “maternidade voluntária”, nasceu a campanha pelo controle de natalidade. Suas proponentes foram chamadas de radicais e submetidas à mesma zombaria que recaiu sobre as primeiras defensoras do sufrágio feminino. A “maternidade voluntária” era considerada uma audácia, uma afronta e uma excentricidade por pessoas que insistiam que a esposa não tinha o direito de recusar-se a satisfazer os anseios sexuais do marido. [...] Em 1970, um século depois, o apelo por aborto legal e de fácil acesso não era menos controverso do que a questão da “maternidade voluntária” que deu início ao movimento pela contracepção nos Estados Unidos. (DAVIS, 2016, p. 205)

Davis reconhece que a emancipação das mulheres tem como pré-requisito fundamental o controle de natalidade, que abrangem escolha individual, métodos contraceptivos seguros e abortos quando necessários. O controle de natalidade seria, em teoria, então uma vantagem para mulheres de todas as classes e raças, abrindo-se a possibilidade de ser uma pauta de união de grupos feministas diversos, o que não foi o que ocorreu no contexto prático, que por vezes teria apresentado inclusive argumentos racistas como fundamentos.

A decisão *Roe versus Wade* veio em 1973, naquilo que ela chama de infância do movimento feminista, foi uma conquista muito grande e simbólica, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que, com base no direito da mulher à privacidade individual implicava-se também seu direito de decidir-se sobre fazer um aborto. Na campanha pelo direito ao aborto não se encontrava substancialmente números de mulheres de minorias étnicas, o que eram explicados pela sobrecarga dessas minorias em relação ao racismo sofrido e/ou a ausência de conscientização destes grupos sobre a centralidade do sexismo. Davis

defende que estas explicações são superficiais, e que não condizem com a verdade. Quando as negras se manifestavam que o controle de natalidade em geral vinha para elas vestido de genocídio, o que as levavam a se opor ao tema do aborto (DAVIS, 2016, p.206).

A realidade demonstrada por Davis é que as minorias étnicas, em sua maioria familiarizada com os bisturis mortais e despreparados, abortavam não como uma opção, mas como uma imposição de desespero de uma realidade socioeconômica que lhes impunha tal medida, o que chegava na Nova Iorque pré descriminalização, a envolver 80% de mulheres latinas e negras nas mortes causadas por abortos ilegais, portanto a elas abortar em segurança era um interesse, sendo a favor do direito ao aborto, mas não defensoras do aborto, porque a elas estava menos como escolha burguesa do que necessidade subsistencial (DAVIS, 2016, p. 206-207).

Considerar a dignidade reprodutiva, como se sustenta neste título, envolve considerar que a opção pelo aborto em momento inadequado da vida da mulher seja voltada a fim de que não impeça gestações futuras desejadas, porque é inegável que trazer um filho envolve responsabilidades muito maiores e mais realistas do que a romantização classe-média da maternidade sempre doce e amável advinda de quem possui meios para tanto e vem a depender menos da estrutura previdenciária do Estado, senão que afeta a realidade de modo significativamente custoso, o que para as mulheres pobres e negras pode vir a ser imposição de miserabilidade. Logo, os preconceitos podem vir a se esconder por trás de um discurso de direito a autodeterminação do feminismo acadêmico, branco e classe-média detentora de capital cultural por natureza, por isso a necessidade de suporte estatal em políticas públicas para coibir e mesmo evitar que ocorra uma segregação eugenista de pobres e negros, impedindo que o que é reivindicado como um direito para mulheres – todas – signifique na prática um dever de abortar para mulheres menos privilegiadas.

Durante o início da campanha pelo direito ao aborto, muito frequentemente se supunha que os abortos legais representariam uma alternativa viável à miríade de problemas criados pela pobreza. Como se o fato de nascerem menos crianças pudesse gerar mais empregos, salários mais altos, escolas melhores, etc. etc. Essa hipótese refletia a tendência a encobrir a diferença entre o *direito ao aborto* e a defesa generalizada de *abortos*. [...] A renovada ofensiva contra o direito ao aborto que irrompeu durante a segunda metade dos anos 1970 tornou absolutamente necessário focar com mais intensidade as necessidades das mulheres pobres e racialmente oprimidas. Em 1977, a aprovação da emenda Hyde pelo Congresso determinou a retirada de fundos federais para abortos, levando a legislaturas de vários estados a fazer o mesmo. Desse modo, mulheres negras, porto-riquenhas, de origem mexicana e indígenas, ao lado de suas irmãs brancas pobres, foram efetivamente destituídas do direito a abortos legais. Como as esterilizações cirúrgicas, financiadas pelo Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar, continuaram gratuitas a quem as solicitasse, mais e mais mulheres pobres foram

forçadas a optar pela infertilidade permanente. O que é urgentemente necessário é uma ampla campanha em defesa de direitos reprodutivos para todas as mulheres – em especial para aquelas que são, com frequência, obrigadas por suas circunstâncias econômicas a abdicar do direito de reprodução em si. (DAVIS, 2016, p. 210)

Ronald Dworkin, igualmente, não é insensível ao fato de que ainda que legalizado, na prática as condições possibilitadas podem ser dificultadas a determinados grupos, gerando um ônus indevido à mulher optante do procedimento (o tornando caro, burocrático, moroso, requisitando a anuência do parceiro, estendendo o período decisório...) para as mulheres que o desejam fazê-lo, considerando que não se trata de uma decisão fácil, e que, em regra, já vem amadurecida (DWORKIN, 2003, p. 242-243), devendo o Estado dar suporte para a segurança do procedimento, ainda que possa criar uma estrutura de políticas públicas de incentivo à natalidade, e não impeditivas na prática do exercício de uma liberdade constitucional ou oportunidade que é crucial para muitas delas.

Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. [...] Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não deixaram ainda de ser crianças, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não tem condições financeiras de manter os filhos. (Sem dúvida, esses diferentes tipos de prejuízo serão multiplicados e intensificados se na origem da gravidez estiver um incesto ou estupro, ou se a criança nascer com graves deficiências físicas ou mentais⁷⁵.) A adoção, mesmo quando possível, não põe fim a esses prejuízos, pois muitas mulheres passariam por um grande sofrimento emocional durante muitos anos se entregassem um filho para que outras pessoas o criasse e amassem⁷⁶. (DWORKIN, 2003, p. 143)

A pauta contra a prática abusiva da esterilização (que sobrevive à atualidade) nos Estados Unidos bem como a imposição de óbices burocráticos e referente a prestação de serviços públicos (como ocorre no Brasil quanto as hipóteses do aborto amparado pela lei) é importante para ser repensada em paralelo naquilo que se objetiva ao se tratar da defesa da autodeterminação da mulher e de sua dignidade reprodutiva: que aquela só ocorrerá de fato,

⁷⁵ Fenômeno ainda pouco conhecido e que afeta a dignidade reprodutiva da mulher, o zika vírus tem causado consequências profundas nos rincões nordestinos (com potencial de alastramento mundial, cujo vetor é o mosquito *Aedes Aegypti*) já tão machucados pela miséria e esquecimento político, por estar relacionado à microcefalia e outras deficiências crônicas em bebês, que passam a ser completamente dependentes de suas mães, e estas, por sua vez, condicionadas à ignorância de desconhecer (porque pouco se sabe sobre o vírus e seu poder de contágio) até onde e até quando vai a atuação do vírus. Para um estudo mais aprofundado do tema, conferir Zyca. *Do Sertão Nordestino à Ameaça Global* (DINIZ, 2016).

⁷⁶ Dworkin não considera, ainda, quanto a questão da adoção, as implicações físicas de uma gestação no corpo da mulher, de alterações hormonais ao próprio vínculo com o feto, além do fato de que a gravidez se revela socialmente: a mulher carrega a marca da gestação em seu corpo durante, pela modificação de sua forma, e depois de ter um filho, com o puerpério.

como direito fundamental das mulheres, quando for uma realidade para todas as mulheres, independentemente de raça e classe, o que somente se confirmará através do caminho de observância da dignidade reprodutiva da mulher, respeitando seu desejo de inclusive ser mãe quando em momento oportuno, sobretudo ao considerarmos os fatores apontados que levam a decisão pelo aborto, menos em não desejar trazer uma criança ao mundo do que reconhecer a impossibilidade de um bebê em condições de miserabilidade e sofrimento.

CONCLUSÃO

*“você tem dores
morando em lugares
em que dores não deveriam morar”*

(Rupi Kaur)

A construção do argumento desta pesquisa se deu não na pergunta “quando começa a vida”, mas sim em “quando se deve iniciar a tutela jurídica da vida humana”, mensurando as formas de dominação masculina exercida nas mulheres em regime de alteridade. Para a resposta, a premissa de um Estado laico foi necessária ser reafirmada, com o escopo de demonstração de que decisões com cunho na crença são válidas a partir do indivíduo para si tão somente, posto que manifestação de cidadania a consideração do diverso do “normal”.

Considerou-se hibridamente três incidências que se compreendeu as principais (e que nelas orbitam questões adjacentes que as fomentam) para a construção da proposta: (a) o papel identitário da mulher e seu lugar político e social numa estrutura circunstancialmente misógina, e qual as formas de controle dessa “minoría”, a partir do feminismo; (b) a admissibilidade constitucional de mudança legislativa diante dos direitos fundamentais tutelados no tema; e (c) no que implica, pragmaticamente, a tutela jurídica criminal proibitiva do aborto nos moldes da legislação brasileira em vigência, considerando a realidade socioeconômica (im)posta às mulheres que recorrem ao aborto, diante das poucas políticas públicas desenvolvidas a respeito da saúde da mulher.

Quando se criminaliza o aborto o Estado brasileiro opta por uma resposta penal ao assunto, fazendo assim uma escolha política que engessa demais medidas de mitigação do tema, necessariamente implicando no surgimento de um “mercado” paralelo a respeito, que envolve precarização de serviços médicos e sanitários - posto a ausência de controle estatal - , utilização de fármacos de procedência desconhecida, bem como riscos de mutilação, infecções e inflamações, (corriqueiros nos casos de auto aborto caseiro). A conclusão que se segue é lógica: não se evitam abortos através da legislação criminal, porém é possível através de legislação regulamentadora evitar abortos inseguros, e conseqüentemente, riscos de saúde e mortes de mulheres, bem como, em esfera de cidadania, respeitar seu direito fundamental ao próprio corpo e dignidade reprodutiva.

A fim de evitar danos maiores provocados por uma legislação restritiva, a abordagem jurídica para o tema deve necessariamente sair da esfera criminal e se voltar a políticas públicas assistenciais de saúde da mulher e fomento de maternidade responsável, bem como promoção de igualdade material de gênero ao reconhecer a cidadania dessas mães como sujeitos de direitos e cujos corpos não se encontram sob tutela reprodutiva e de maternidade compulsória imposta pelo Estado, identificada historicamente como instrumento de dominação masculina nos corpos femininos. Ainda que não haja o encarceramento massivo de mulheres que praticam o aborto, a existência normativa criminal coloca a prática sob a vigilância estatal, necessariamente impondo às mulheres biologicamente identificadas uma punição – seja direta ou indireta – pelo exercício de sua sexualidade.

O enfoque dado na questão da cidadania e ao direito ao corpo da mulher pretendeu-se propositalmente maior que às questões de problemas de saúde pública, primeiramente porque saúde pública é uma decorrência da ação estatal de tutela criminal, e em segundo, porque devolveria o corpo da mulher não como dela, mas, ao retirar da tutela em esfera privada em alteridade e objeto público-penal, considerar como pauta argumentativa unicamente em saúde pública é novamente determina-la em sua corporificação como algo público, considerando-a incapaz de tomar suas decisões em cidadania plena e para si a partir de seus anseios.

Buscou-se demonstrar nesta pesquisa que a criminalização do aborto produz malefícios sociais que oneram a condição da mulher por sua designação como tal, e que constitucionalmente cabe tratamento diverso ao estudar-se os conflitos hipotéticos de direitos fundamentais e constatar-se que há uma resposta mais adequada como fomento de cidadania para este grupo, considerando uma democracia social e inclusiva nos moldes como sedimentado pela Constituição da República, que imputa juridicamente repensar o formato que se pretende manifestar a desaprovação pelo procedimento, retirando-se a tutela jurídica dada da esfera criminal e tutelando-se através de legislações concernentes a políticas públicas (e não criminal) de fomento e orientação com a finalidade pedagógica (sexual e de gênero, de compreender o funcionamento do próprio corpo) de evitar-se a ocorrência de gravidezes indesejadas, para que ao cabo evite-se que abortos aconteçam; todavia, em sendo este o caminho – possibilitado como uma escolha, havendo suporte psicossocial à gestante - , que ocorra ciente de que o Estado brasileiro respeita seu corpo e suas decisões em sua esfera de dignidade e liberdade como sujeito de direitos e cidadania, e mais: a auxilia e evita que ela tenha sua saúde (física e mental) prejudicada.

Possibilitar a escolha reconhece cidadania à mulher em sua esfera reprodutiva, e ao Estado, que deixa de tutelar o controle e a reprodução humana criminalmente, não resta em nada perdido seus interesses, justamente porque deixa de produzir discriminação e desigualdade sexual no que diz respeito às oportunidades de condição de vida.

Em nenhum momento desta pesquisa houve a defesa sobre o ato do aborto em si, ou a foi sustentado que o aborto deve ser compreendido como algo banal; também não se defende que ele não seja reprovado pelas fés e pela moral, ou que elas, as mulheres, tenham no aborto um meio “contraceptivo”, menos ainda que haja qualquer incentivo de que assim o procedam. O que se sustenta nestas linhas é a possibilidade de escolha e autotutela em seu corpo, ciente de à cada uma das mulheres que decidirem, o fazem por conhecer sua realidade pessoal e necessidade. Optou-se aqui a defender os interesses da mulher em sua condição de indivíduo e as implicações que incidem a ela numa gestação indesejada.

Abortar é um caminho difícil, solitário, uma marca que fica para sempre na consciência da mulher que segue por esta via, posto que tende a coloca-la diante de suas verdades. Aceitar a decisão da mulher como a mais adequada para seu momento particular e privado em sua esfera de liberdade e dignidade como sujeito de direitos é a resposta mais democrática que pode ser dada pela sociedade nesse caso, porque a percebe como dona de si e em sua plenitude de cidadania, apta a fazer escolhas que afetem a sua existência e a sua realidade como sujeito de direitos e deveres.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.
- ATWOOD, Margaret. *O Conto da Aia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- _____. *O segundo sexo*. Vol. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BENCKE, Romi Márcia; BORGES, Nilza Maria Pacheco; LEMOS, Vera Neuza. *Religião, Laicidade e Autodeterminação Sexual e Reprodutiva: Uma Tensão No Processo de Secularização no Brasil*. **PLURA, Revista de Estudos de Religião**, ISSN 2179-0019, vol. 4, nº 2, 2013, p. 164-187. Disponível em <http://www.abhr.org.br/plura/ojs/index.php/plura/article/viewFile/737/pdf_83>. Acesso em 11 de Maio de 2018.
- BIRMAN, Joel. *Genealogia do Feminino e da Paternidade em Psicanálise*. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 163-180, jun. 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302006000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 10 de Janeiro de 2018.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). *Aborto e Democracia*. São Paulo: Alameda, 2016.
- _____. *Teoria Política e Feminismo: abordagens brasileiras*. E-book Kindle (4946 locations). Vinhedo: Editora Horizonte, 2012.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial, vol. 2*. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial, vol. 2. Crimes Contra a Pessoa*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *A Distinção: Crítica Social do Julgamento*. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zoak. 2007.
- _____. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. *O Direito das Mulheres: Uma Abordagem Crítica*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131-142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: < http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130/130_>. Acesso em 26 de Junho de 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; DENORA, Emmanuella Magro. *Tutela Diferenciada Dos Direitos Das Mulheres Nas Relações Domésticas e Familiares Através Da Lei Maria Da Penha*. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 17, n. 7, p. 221-244, sep. 2017. ISSN 2358-1352. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/484> >. Acesso em 05 de Novembro 2017. doi:10.5585/484.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia Feminista: Teoria Feminista e Crítica às Criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

Código de Ética Médica. Disponível em < <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual> > Acesso em 22 de Abril de 2018.

Contribuição da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres para as Conferências Estaduais. Documento Base. *I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004. Disponível para download em PDF em < www.observatoriodegenero.gov.br/ >. Acesso em 01 de Maio de 2018.

DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres: Uma introdução à teoria do direito feminista*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993.

DA ROCHA, Maria Isabel Baltar. *A Questão do Aborto no Brasil: o Debate no Congresso*. ESTUDOS FEMINISTAS, p.381-398, 1996. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16809/15400> > Acesso em 23 Setembro de 2016.

DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELMANTO, Celso [et al]. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. atualizada e ampliada Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias Íntimas: Sexualidade e Erotismo da História do Brasil*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011. E-Book Kindle (4193 locations), 2011.

_____. *Conversas e Histórias de Mulher*. São Paulo: Planeta, 2013. E-Book Kindle (4562 locations), 2013.

DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. *Exclusão Social e Democratização do Processo Penal: Política de Redução de Danos Pela Filtragem*

_____. *Constitucional em Direitos Fundamentais. Direito Penal, Processo Penal e Constituição I*. CONPEDI, 2017. Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/Cnz1IOS3a5oCp8X0.pdf> > Acesso em 05 de Novembro de 2017.

_____. *Legalização do Aborto: Medida Democrática e Inclusiva de Direitos das Mulheres. Gênero, sexualidades e direito III*. CONPEDI, 2016. Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/0l018151/7wjg31815CC77L98.pdf> > Acesso em 13 de Agosto de 2017.

DINIZ, Debora. *A Condição Feminina no País dos Brucutus*. Palestra proferida no Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). UniCEUB: Brasília, 2016. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=tTeawUReiZg> >. Acesso em 10 de Janeiro de 2018.

_____. *Objecção de Consciência e Aborto: Direitos e Deveres dos Médicos na Saúde Pública. Rev. Saúde Pública* [online]. 2011, vol. 45, n. 5, pp.981-985. Epub July 29, 2011. ISSN 0034-8910. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000047> >. Acesso em 11 de Maio de 2018.

_____. *Zyca. Do Sertão Nordestino à Ameaça Global*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2016.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: Uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*, 2010; Disponível em < <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf> >. Acesso em 20 de Maio de 2016.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. p. 653 a 660. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2017. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf> >. Acesso em 08n de Janeiro de 2018.

DINIZ, Debora; VÉLEZ, Anna Cristina Gonzalez. *Aborto na Suprema Corte: O Caso da Anencefalia no Brasil. Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, maio 2008. ISSN 1806-9584. Disponível em < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200019/8797> >. Acesso em 26 de Abril 2018.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*. 17ª Ed. Lisboa: Editorial Presença, 2011

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La Ley Del Más Débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade, vol. 1*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 60ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

FRIEDAN, Betty. *Abortion: A Woman's Civil Right*. Palestra proferida na **First National Conference for Repeal of Abortion Laws**. Chicago: Feb 14, 1969. (Apud)

GOLDMAN, Emma. *La Prostitución*. Disponível em < <https://www.marxists.org/espanol/goldman/1910/005.htm> >. Acesso em 31 de Março de 2018.

II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em < http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf > Acesso em 01 de Maio de 2018.

IRRAZÁBAL, María Gabriela. *La religión en las decisiones sobre aborto no punible en la Argentina*. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 735-759, nov. 2015. ISSN 1806-9584. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/41764/30377> >. Acesso em 26 de Abril de 2018.

KAUR, Rupi. *Outros Jeitos de Usar a Boca*. São Paulo: Planeta, 2017.

KNIBIEHLER, Yvonne. *História da Virgindade*. São Paulo: Contexto, 2016.

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016

LIMA, Cecilia Almeida Rodrigues. *Da Bond Girl à Comédia Romântica: Identidades Femininas no Cinema de Hollywood*, Recife: O Autor, 2010. E-Book Kindle.

LINO, Alice de Carvalho. *Belo e sublime: a mulher e o homem na filosofia de Immanuel Kant*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia, do Departamento de Filosofia, do Instituto de Filosofia, Artes e Cultura. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2008. Disponível em < <http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/2544> >. Acesso em 28 de Julho de 2016.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *La Donna Delinquente: La Prostituta e La Donna Normale*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1903

LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao Aborto e Liberdades Laicas*. HORIZONTES ANTROPOLÓGICOS, v.12, n. 26, p.185-201, 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf> > Acesso em 23 de Setembro de 2016.

LUNA, Naara. *Aborto no Congresso Nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico*. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, Brasília, n. 14, p. 83-109, Aug. 2014. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000200083&lng=en&nrm=iso >. Acesso em 11 de Maio de 2018.

_____. *Morte por aborto clandestino na imprensa: Jandira, Elizângela e Operação Herodes*. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 1159-1181, out. 2017.

ISSN 1806-9584. Disponível em < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/40845/35165> >. Acesso em 26 de Abril de 2018.

_____. *O Direito à Vida no Contexto do Aborto e da Pesquisa com Células-tronco Embrionárias: Disputas de Agentes e Valores Religiosos em um Estado Laico*. **Relig. soc.**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872013000100005&lng=en&nrm=iso >. Acesso em 11 de Maio de 2018.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora. *Serviços de Aborto Legal no Brasil – um estudo nacional*. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, 2016. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf> >. Acesso em 06 de Maio de 2018.

MANTOVANI, Denise Maria. *O Aborto e as Eleições de 2010: O papel do Jornalismo da Definição dos Discursos Conservadores*. p.189-216. In: BIROLI, Flávia; & MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). **Aborto e Democracia**. São Paulo: Alameda, 2016.

MARÇAL, Katrine. **O Lada Invisível da Economia: Uma Visão Feminista**. São Paulo: Editora Alaúde, 2017. E-book Kindle (3489 locations), 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: Novos Paradigmas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; & MARIANO, Rayani. *O Debate Sobre o Aborto na Câmara dos Deputados, de 1990 a 2014*. p. 128 – 154. In: BIROLI, Flávia; & MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). **Aborto e Democracia**. São Paulo: Alameda, 2016.

MULVEY, Laura. *Prazer Visual e Cinema Narrativo*. In: XAVIER, Ismael (Org.). **A Experiência do Cinema**. São Paulo: Graal, 2008, p. 437-453. (Apud LIMA, 2010).

NOVAES, Joana de Vilhena. **O Intolerável Peso da Feiúra: Sobre as Mulheres e Seus Corpos**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Garamond, 2006

PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2016.

_____. **Os Excluídos da História: Operários, mulheres e prisioneiros**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da diferença**. 3ª ed. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da FFLCH-USP/Editora 34, 2013.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Feminismo e o Poder Político no Brasil: Uma Relação de Perdas e Ganhos*. Palestra proferida em 08 de Junho de 2016 no IV Simpósio Gênero e Políticas Públicas, realizado de 08 a 10 de Junho de 2016 na Universidade Estadual de Londrina (UEL).

_____. *Feminismo, História e Poder*. In: BIROLI, Flávia; & MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). **Teoria Política e Feminismo: abordagens brasileiras**. E-book Kindle (4946 locations). Vinhedo: Editora Horizonte, 2012.

PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao Aborto, Democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Danda. *O Que é Aborto*. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1985.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – v. 2*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro – v. 2*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro – v. II*. 16ª ed. revista, atualizada e ampliada (a partir da 11ª ed.). São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Edição Ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROSTAGNOL, Susana. *As Vicissitudes da Lei da Interrupção Voluntária da Gravidez no Uruguai*. p. 217 a 237. In: BIROLI, Flávia; & MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). *Aborto e Democracia*. São Paulo: Alameda, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43-82, 2014. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43619/44696> > Acesso em 23 de Setembro de 2016.

SCAVONE, Lucila. *Políticas Feministas do Aborto*. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 675-680, maio 2008. ISSN 1806-9584. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200023> >. Acesso em 26 de abril de 2018.

SOUSA, Rita Mota. *Introdução às Teorias Feministas do Direito*. Porto: Edições Afrontamento, 2015.

SZWAKO, José. *As Contribuições de Chantal Mouffe e Iris Young Para a Pluralização da Democracia*. In: BIROLI, Flávia; & MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). *Teoria Política e Feminismo: abordagens brasileiras*. E-book Kindle (4946 locations). Vinhedo: Editora Horizonte, 2012.

TIBURI, Marcia. Aulas online, no curso *Filosofia Feminista*. Revista Cult: 2016. Conteúdo pago. Disponível em: < <http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi> >. Acesso em 22 de agosto de 2016.

_____. *Feminismo em Comum: Para todas, todes e todos*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Discurso Feminista y el Poder Punitivo*. p. 47-84. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZICAVO, Eugenia; ASTORINO, Julieta; SAPOROSI, Lucas. “*Leyes que son cuerpo/cuerpos que son leyes*”: proyectos de ley de aborto en Argentina. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 1183-1197, out. 2017. ISSN 1806-9584. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/42350/35203> >. Acesso em 26 de Abril de 2018.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Aulas online, no curso *Introdução à Criminologia Feminista: Criminosas, Loucas e Vítimas*. *Escola Passagens*, 2017. Conteúdo Pago. Disponível em < <https://www.udemy.com/introducao-a-criminologia-feminista/learn/v4/overview> > Acesso em 03 de Janeiro de 2018.

WOLF, Naomi. *O Mito da Beleza: Como as Imagens de Beleza São Usadas Contra as Mulheres*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos das Mulheres*. São Paulo: EDIPRO, 2015.

FONTES JORNALÍSTICAS

CENTENERA, Mar. *Caso de uma mulher presa por um aborto mobiliza artistas argentinos*. *El País*. 2016. Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/03/internacional/1470254990_736474.html > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

Defensora Pública que sofreu incidente machista, disponível em < <http://emporiadodireito.com.br/ainda-sobre-o-machismo-por-fernanda-mambrini-rudolfo/> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

Defensoria Pública ajuíza habeas corpus perante TJSP em favor de 30 mulheres acusadas criminalmente de aborto, argumentando pela inconstitucionalidade do crime. Disponível em < <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=76519&idPagina=3086> >. Acesso em 10 de Maio de 2018

Desativação do serviço de aborto legal no Hospital Jabaquara. Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/01/gestao-doria-desativa-servico-de-aborto-legal-do-hospital-jabaquara/> >. Acesso em 10 de Maio de 2018.

DONAGGIO et al, Angela; Catarina Barbieri, Eloísa Machado, Luciana Ramos, Marta Machado. *Machismo na Academia*. Disponível em < <http://agoraquesaoelas.blogfolha.uol.com.br/2017/06/05/machismo-na-academia/> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

EL SALVADOR. Mulheres presas por aborto espontâneo. Disponível em < <https://estilo.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2017/12/05/passei-quase-cinco-anos-presa-por-um-aborto-espontaneo.htm> >; < <https://anistia.org.br/noticias/el-salvador-tribunal-nega-libertacao-da-mulher-presa-injustamente-apos-sofrer-um-aborto-espontaneo/> > ; < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131021_aborto_el_salvador_an > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

LEI MARIA DA PENHA. *Pesquisa revela frustração de mulheres vítimas de violência com a Justiça*. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica> >. Acesso em 10 de Maio de 2018.

LICENÇA MATERNIDADE. *“Licença maternidade e suas consequências no mercado de trabalho do Brasil”*, da Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html >; < <https://estilo.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2017/08/28/48-das-maes-ficam-desempregadas-no-primeiro-ano-apos-o-parto.htm> > Acesso em 15 de Outubro de 2017; < <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/por-que-ter-filhos-prejudica-mulheres-e-favorece-pais-no-mercado-de-trabalho.ghtml> > Acesso em 09 de Fevereiro de 2018.

LINS, Liana Cirne. (Entrevista) *Excluir Mulheres Juristas de Evento é realidade que se Repete no Meio Jurídico*. Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/06/excluir-mulheres-juristas-de-eventos-e-realidade-que-se-repete-no-meio-juridico-afirma-professora/> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE E INSTITUTO GUTTMACHER. *Dados Globais sobre aborto entre 2010-2014*. Disponível em < <https://www.vix.com/pt/bdm/saude/73-das-mulheres-que-abortam-sao-casadas-novos-dados-da-oms-sobre-tema-saosurpreendentes> > ; < <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/quase-metade-dos-abortos-feitos-no-mundo-entre-2010-e-2014-foram-inseguros-diz-oms.ghtml> > ; < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5508:cerca-de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&Itemid=820 > ; < <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/09/27/proibicao-nao-reduziu-abortos-constata-a-oms.htm> > ; < <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,proibir-aborto-nao-reduz-numero-de-ocorrencias-diz-oms,70002018731> > ; < <https://www.dn.pt/sociedade/interior/uma-em-cada-quatro-gravidezes-termina-em-aborto-5170752.html> > Acesso em 07 de Janeiro de 2018.

PONTES, Felipe; e MARTINS, Helena. *População Carcerária Feminina Cresce 700% em Dezesesseis Anos no Brasil*. **EBC – Agência Brasil**, 2017. Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesesseis-anos-no> > Acesso em 12 de Novembro de 2017.

PORTUGAL. Dados Sobre a Legalização do Aborto em Portugal, disponível em < <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/geral/46362/nenhuma+mulher+morreu+nos+ultimos+5+anos+por+causa+de+aborto+em+portugal+onde+pratica+e+legal+desde+2007.shtml> > Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

Professor de Direito da PUC/RS, disponível em < <http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2015/04/machismo-na-faculdade-de-direito-professor-apologia-estupro.html> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

Professor de Direito da Universidade Federal de Rondônia, disponível em < <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2016/10/professor-universitario-diz-em-aula-que-palestrante-da-unb-e-vagabunda.html> >. Acesso em 17 de Setembro de 2017.

TEMER, Michel. “*Vida do Nascituro deve Prevaler Sobre Desejo da Gestante, diz Temer*” In: Coluna de Cláudia Colucci, na **Folha de São Paulo**. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacollucci/2017/04/1872896-vida-do-nascituro-deve-prevaler-sobre-desejo-da-gestante-diz-temer.shtml?loggedpaywall> >. Acesso em 06 de Janeiro de 2018.

URUGUAI. Aborto no. Disponível em < <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/34136/uruguai+em+um+ano+6.676+abortos+seguros+foram+realizados+e+nenhuma+morte+registrada.shtml> >; < <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-sobe-30,2e4163764976c410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html> >. Acesso em 08 de Janeiro de 2018.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. RACISMO NO PARTO. Disponível em <
<http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Parto/noticia/2017/08/o-que-e-violencia-obstetrica-descubra-se-voce-ja-foi-vitima.html>>; <
<http://www.otempo.com.br/cidades/viol%C3%Aancia-obst%C3%A9trica-atinge-25-das-mulheres-no-brasil-1.1572870>>; <
<https://www.geledes.org.br/gravidas-pardas-e-negras-recebem-menos-anestesia-no-parto/>>; <
<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,pretas-recebem-menos-anestesia-imp-,703837>>; <
<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u51689.shtml>>; <
https://www.vice.com/pt_br/article/gv35vw/dados-violencia-no-parto-brasil>. Acesso em 11 de Fevereiro de 2018.