

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**SILVANA BELINE TAVARES**

**FABRÍCIO VEIGA COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

G326

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Silvana Beline Tavares, Fabrício Veiga Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-076-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Gênero e sexualidades. XXX  
Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

### Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO

GT- GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA

No dia 27 de novembro de 2024, os professores Fabricio Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG) e Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás) coordenaram o GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I, no XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASILIA.

O GT GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO foi criado no ano de 2016 e simbolicamente representa um espaço de resistência, diante de um mundo marcado pelo preconceito, misoginia, homofobia, machismo e transfobia.

A naturalização de toda e qualquer manifestação de ódio decorrente da orientação sexual e da identidade de gênero exige uma academia que se levante a fim de problematizar debates teóricos que ecoam na sociedade civil contemporânea, marcada pela diversidade, marginalidade e exclusão.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, explicitamente previsto no artigo 3, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988, é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Trata-se do princípio da não-discriminação, cujo maior desafio enfrentado pelos estudiosos do Direito é garantir a efetividade normativa da referida premissa legislativa.

O direito fundamental à liberdade de expressão e orientação sexual, bem como o direito de construir livremente a identidade de gênero são corolários da dignidade humana e da cidadania no Estado Democrático de Direito.

A liberdade e a igualdade são dois importantes pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, torna-se relevante esclarecer que democracia é dissenso; nunca consenso. Um país efetivamente democrático não criminaliza os movimentos sociais e dá voz aos oprimidos e invisibilizados.

Gays, lésbicas, mulheres, pessoas trans, travestis são alguns dos tantos sujeitos excluídos e marginalizados pela sociedade, que insiste em coisificá-los e excluí-los. Nesse sentido, o papel da ciência do Direito é estabelecer parâmetros racionais e democráticos para assegurar a implementação e concretude dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

O estudo do caso Márcia Barbosa no contexto da violência de gênero; a discussão do aborto a partir do posicionamento do voto da ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal; a análise da ODS 5 no Tribunal de Justiça do Maranhão, vista sob a perspectiva da promoção da igualdade de gênero; os direitos humanos das mulheres e a agenda 2030 da ONU; os efeitos do essencialismo de gênero na jurisprudência da justiça eleitoral e a promoção da participação feminina na propaganda partidária; o debate do patriarcado dos corpos frente às perspectivas das sexualidades contemporâneas; violências e violações de direitos humanos de pessoas trans; o uso da tecnologia e dos aplicativos no enfrentamento à violência de gênero; o reconhecimento e a retribuição pelo trabalho do cuidado da mulher; a retificação do registro civil de nascimento de crianças trans e a problemática do uso do nome social; o estudo da mulher na relação sujeito-objeto, visto sob a perspectiva de Habermas e Fraser; direitos humanos e interseccionalidade entre gênero e deficiência no enfrentamento do capacitismo; direitos humanos, gênero, educação e psicologia como corolários do exercício da cidadania do sujeito diverso; o estudo dos direitos sexuais e reprodutivos e a incapacidade civil feminina e os apontamentos crítico-epistemológicos sobre as alianças do patriarcado foram os temas apresentados pelos pesquisadores, que protagonizaram debates profícuos e essenciais ao progresso científico.

Os estudos de gênero, em diálogo transdisciplinar com a ciência do Direito, constituem um *modus de ver e ler* o mundo para além da concepção ontológico-genotípica de sexualidade. A ruptura com o binarismo e com a heteronormatividade compulsória decorre de estudos epistemológicos da sexualidade como “estar”, e não como “ser”.

O exercício da liberdade de ser e de se desconstruir no campo da sexualidade é considerado um dos grandes desafios a serem enfrentados pelo Direito e sociedades contemporâneas.

Fabício Veiga Costa

Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna –MG-. Doutorado e mestrado em Direito. Pós-doutorado em Educação, Psicologia e Direito. Especializações em Direito Processual, Direito de Família e Direito Educacional.

Silvana Beline Tavares

Doutora em Sociologia pela UNESP/Araraquara, mestre em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Graduada em Ciências Jurídicas (2002) e em Ciências Sociais (1989). Possui experiência nas áreas de Direito e Sociologia, com ênfase em Relações de Gênero e Direito Civil. Atualmente, é professora associada de Direito Civil na Universidade Federal de Goiás/Faculdade de Direito/Campus cidade de Goiás. Tem trabalhado com o cinema como objeto de estudo, tanto na busca pela teoria quanto na prática, apontando para um novo horizonte interdisciplinar que dialoga com o Direito e as Relações de Gênero.

**O PAPEL DO STF NA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES AO ABORTO VOLUNTÁRIO: UMA ANÁLISE DO VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NA ADPF 442**

**THE ROLE OF STF IN AFFIRMING WOMEN'S RIGHTS TO VOLUNTARY ABORTION: AN ANALYSIS OF JUSTICE ROSA WEBER'S VOTE IN ADPF 442**

**Roberta Amanajas monteiro  
Isabelle De Sousa Duarte**

**Resumo**

O trabalho contextualiza a questão da interrupção voluntária da gestação no Brasil, analisando o dissenso em torno do que alguns chamam de crime de aborto e outros de direito ao aborto. Buscar-se-á compreender as crenças culturais e religiosas que circundam o debate, os valores patriarcais envolvidos, bem como a seletividade das consequências da criminalização do aborto, que termina por atingir mais drasticamente as mulheres pobres, em sua maioria pretas, levando-as ao cárcere ou à morte. Destacam-se aspectos do voto prolatado pela Ministra Rosa Weber na ADPF 442, especialmente no que concerne à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para estabelecer um marco temporal de até doze semanas de gravidez para a descriminalização do aborto no Brasil. Será demonstrado que o direito ao aborto é consequência do direito fundamental à autodeterminação feminina e da necessidade de combate à violência institucional.

**Palavras-chave:** Aborto, Descriminalização, Adpf 442, Maternidade compulsória, Autodeterminação feminina

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper contextualizes the issue of voluntary termination of pregnancy in Brazil, analyzing the disagreement surrounding what some call the crime of abortion and others the right to have an abortion. The paper seeks to understand the cultural and religious beliefs surrounding the debate, the patriarchal values involved, as well as the selectivity of the consequences of the criminalization of abortion, which ends up affecting poor women, mostly black, more drastically, leading them to prison or death. Aspects of the vote delivered by Justice Rosa Weber in ADPF 442 are highlighted, especially with regard to the legitimacy of the Supreme Court to establish a time frame of up to twelve weeks of pregnancy for the decriminalization of abortion in Brazil. It will demonstrate that the right to abortion is a consequence of the fundamental right to female self-determination and of the need to combat institutional violence.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Abortion, Decriminalization, Adpf 442, Compulsory motherhood, Female self-determination

## INTRODUÇÃO

No ano de 2023, as questões que circundam o direito ao aborto tomam conta das mais variadas rodas de discussão no Brasil, sobretudo diante da recente prolação do derradeiro voto da Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Rosa Weber, como ato final, antes de sua aposentadoria, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442.

O Código Penal Brasileiro, que data de 1940, criminaliza, em absoluto, a interrupção voluntária da gravidez em seus artigos 124 e 126<sup>1</sup>. Para a mulher que provoque aborto em si mesma ou consinta que outrem lho provoque, é prevista pena de detenção de um a três anos. Já para o indivíduo que provoque aborto, aplica-se a pena de reclusão, de um a quatro anos, se há consentimento da gestante, e de reclusão, de três a dez anos, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, termo utilizado no diploma penal, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

As únicas exceções abordadas no Código Penal são descritas no artigo 128, não se punindo o aborto realizado para salvar a vida da gestante, quando não há outro meio para tanto, e se a gravidez resulta de estupro, sendo exigível o consentimento da mulher ou de seu representante legal quando incapaz. Soma-se, às exceções, a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, como decidido pelo STF na ADPF 54.

Na ADPF 442, a Ministra votou pela incompatibilidade da redação dos artigos 124 e 126 do Código Penal com a Constituição de 1988, motivo pelo qual deve-se excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação até a sua décima segunda semana. Ainda não houve prolação de votos pelos demais ministros, e a Presidência do Tribunal já se manifestou no sentido de que a matéria precisa de um debate mais apurado.

Argumenta a Ministra que o interesse do Estado na proteção do embrião e do nascituro, ainda que seja de extrema relevância, não deve inviabilizar o exercício de outros direitos fundamentais, dentre eles, os direitos reprodutivos das mulheres, e reconhece que a pena de detenção de um a quatro anos é desproporcional. Destaca a sensibilidade do tema ante a ausência de consenso sobre o início da vida, seja no campo da ciência, seja da religião e da filosofia. Afirmou que a decisão pelo aborto não é fácil e não pode ser indicativa de inadequação social, de modo que chegou o momento de colocar a mulher na posição de titular

---

<sup>1</sup> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três 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.

de direitos, com autonomia e liberdade, e, não, como cidadã de segunda classe.

Neste artigo, defende-se que a criminalização do aborto, tal como tratada no voto, ainda compromete a liberdade e a autodeterminação feminina, que são elementos da dignidade da pessoa humana, por ensejar uma gravidez compulsória orquestrada pelo sistema jurídico.

Antes mesmo de uma atuação do STF sobre o tema na ADPF 442, muitos foram os documentos internacionais editados para resguardar os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, recomendando a descriminalização do aborto e declarando a incompatibilidade da gravidez compulsória com a dignidade da pessoa humana, tais como os produzidos: pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), notadamente suas Recomendações Gerais nº 19 e 35, pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena (ONU, 1993), pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (ONU, 1994) e pela Conferência Mundial sobre a Mulher (ONU, 1995).

Um ponto crucial a ser observado é que a tipificação do aborto voluntário como crime, ao lado da falta de informação, de recursos e de serviços especializados de qualidade para as mulheres, estimulam a busca por práticas perigosas de aborto, como a automedicação ou até mesmo a admissão em clínicas clandestinas, com seus *“bisturis mortalmente desastrados”*, em expressão cunhada por Angela Davis (2016, p. 207). No Brasil, aproximadamente a metade das mulheres submetidas a abortos inseguros necessitam de hospitalização posterior, e mais de 200 (duzentas) mulheres vão a óbito por ano (USP, 2022).

A tipificação do aborto no Código Penal não extermina a sua realização, mas, ao contrário, apenas contribui para a multiplicação da realização de procedimentos inseguros, que colocam a vida da mulher em risco, e podem resultar em hospitalização, seguida da denúncia e da persecução penal (Davis, 2016).

A metodologia aplicada neste trabalho consiste na revisão bibliográfica sobre a matéria, com obras de autoras de referência, como Lélia Gonzales, Angela Davis, Rita Laura Segato, Flávia Biroli e Lourdes Bandeira. Também, a análise documental da ADPF 442 fundamenta-se na abordagem qualitativa e, quanto aos objetivos, caracteriza-se como pesquisa descritiva, para melhor compreensão da celeuma que envolve o direito ao aborto e, em oposição, a maternidade compulsória, os valores culturais e religiosos envolvidos, bem como o papel do STF na solução da controvérsia, diante da inércia do Poder Legislativo.

No primeiro tópico, são contextualizadas as questões da gravidez compulsória e da colocação das mulheres em posição de sujeito ativo de um crime contra a vida no ordenamento jurídico Brasileiro.

No segundo tópico, descreve-se a posição da mulher na sociedade patriarcal, a

tentativa de controle de seus corpos e a maternidade compulsória como tentativa de penalização pelo livre exercício de sua sexualidade. A atuação do STF na temática também é abordada, notadamente na ADPF 54 e no Habeas Corpus nº 124.306/RJ, que resultaram em decisões paradigmáticas para o avanço do direito ao aborto no território nacional.

No terceiro tópico, apresentam-se os aspectos mais relevantes do voto da Ministra Rosa Weber na ADPF 442 acerca da legitimidade do STF na decisão da matéria sobre a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gravidez, reconhecendo que a sujeição dos Poderes a regras e princípios fundamentais da Constituição é corolário de um regime democrático, e o controle das leis seria atribuído ao Tribunal Constitucional, com a complexa missão de realizar a democracia, que não se resume à regra da maioria, mas busca concretizar a pluralidade política.

Ao final, conclui-se que a necessidade de preservação dos direitos fundamentais supera a dificuldade contramajoritária, ou seja, a ausência de legitimidade democrática dos juízes para dar a última palavra interpretativa para as normas. Isto porque a atuação do STF é essencial para o alcance deste objetivo, já que o desamparo relega à clandestinidade, ao banco dos réus ou à morte as mulheres pobres e sem acesso a uma saúde de qualidade.

## **1. NOTAS GERAIS SOBRE A GRAVIDEZ COMPULSÓRIA E A CRIMINALIZAÇÃO DA MULHER NO BRASIL**

De partida, deve-se constatar que uma gravidez, seja ela desejada ou não, impõe, à mulher, os ônus decorrentes da maternidade, a abdicação e a renúncia inerentes à dedicação para a educação, o bem-estar e a criação segura de outro ser humano. Afora tais aspectos, a maternidade acarreta alterações no corpo e na saúde da mulher, além de exigir um preparo psicológico, uma organização financeira, tempo e disposição para a dedicação integral à nova função.

Forçar a mulher a assumir a maternidade contra a sua vontade, retirando-lhe o exercício dos direitos reprodutivos, significa a instrumentalização de seu corpo e de sua existência, tal como reconhecido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ (Brasil, 2017, grifo nosso): "Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade [...]".

No citado *Habeas Corpus*, o STF conferiu interpretação conforme a Constituição nos

artigos 124 a 126 do Código Penal, excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre, e reconhecendo a violação a direitos fundamentais da mulher.

Não raro, as gestações decorrem de situações de violência e, mesmo nos casos de interrupção da gravidez admitida por lei, as mulheres encontram dificuldades para realizá-las nos hospitais públicos, potencializando o seu sofrimento. Muitas delas, depois do cometimento de um ato desesperado, terminam denunciadas à polícia. Isto significa, então, a imposição de um ônus exagerado, mais uma penúria para a mulher vítima de estupro: carregar uma gestação indesejada ou ser processada, julgada e recolhida ao cárcere, penalizando-a duas vezes.

No ano de 2021, a Clínica de Direitos Humanos das Mulheres da USP (CDHM/USP) avaliou 167 (cento e sessenta e sete) processos judiciais pelo crime de autoaborto no Brasil em que as mulheres foram apontadas “origem humilde”, com "dificuldades financeiras", como "prostituta", e "viciada em drogas" (USP, 2022, p. 23).

Nos casos analisados pela CDHM/USP, muitas notificações à polícia foram efetuadas por parentes, ex-companheiros ou outros, depois de o feto ter sido encontrado em locais que evidenciam a vulnerabilidade social, como esgotos e banheiros públicos (USP, 2022). A pesquisa concluiu que existe uma significativa discriminação das mulheres pelos tribunais brasileiros, ainda que seja considerado baixo o número de processos por aborto. Juízes, policiais e profissionais da saúde deixam-se afetar pela reprovabilidade social do aborto e renegam, à mulher, direitos à privacidade e aos cuidados médicos, além do fato de que a imputação de sanção penal termina por impedir o acesso a procedimentos seguros de abortamento.

Com efeito, o Código Penal Brasileiro, que data de 1940, criminaliza, em absoluto, a interrupção voluntária da gravidez, em seus artigos 124 e 126. Seja para a mulher que provoque aborto em si mesma ou consinta que outrem lho provoque, seja para o indivíduo que provoque aborto, aplica-se a pena de reclusão.

Visando a garantia do direito da mulher à maternidade voluntária, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 442, perante o Supremo Tribunal Federal, pleiteando a declaração de não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, do seu âmbito de incidência, a interrupção voluntária da gestação em suas primeiras doze semanas.

A parte autora apontou a violação dos seguintes preceitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a vedação à discriminação, a proteção da vida desde a concepção, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura e do tratamento desumano e

degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres, os direitos sexuais e reprodutivos, todos estampados na Constituição da República.

Assim, busca-se, por meio da ADPF 442, garantir, às mulheres, o direito ao exercício da autonomia privada, direito fundamental ligado à disposição do próprio corpo, sem interferência do Estado em sua livre escolha de interrupção da gravidez, respeitando a integridade física e psíquica da mulher, além de assegurar, aos profissionais de saúde, o direito de realizar o procedimento sem qualquer penalização, desde que obedecido o marco temporal estabelecido.

O voto disruptivo e multitemático da Ministra Weber tem sido considerado, por muitos juristas, como um ato de coragem na intransigente defesa dos direitos das mulheres. Contudo, uma relevante discussão ganha espaço no cenário jurídico atual, acerca dos limites decisórios das Cortes Constitucionais no processo de criação do direito, sobretudo no caso abordado por este artigo, em que se busca inovar com um marco temporal que não foi previsto, originalmente, pelo legislador.

O cerne da questão seria, portanto, com base no princípio da Separação de Poderes, identificar os limites do papel criativo do STF, bem como as possibilidades da atividade judicante em temas não consensuais e ainda não solucionados pelo Poder Legislativo.

## **2. ABORTO: UMA QUESTÃO DE AUTODETERMINAÇÃO**

As políticas públicas relacionadas ao aborto, muito mais do que à simples discussão sobre o direito à vida intrauterina, dizem respeito à autodeterminação, à saúde, ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à dignidade da pessoa humana, à liberdade e às disputas pelo corpo feminino.

Ao longo dos anos, revelaram-se tentativas de aniquilação do desejo feminino pela sociedade patriarcal, inclusive enxergando a maternidade – e toda a responsabilidade atinente a ela – como uma punição pela vivência do prazer sexual, conforme ressaltado pelo professor Contardo Calligaris (2020, *online*). Outrossim, a depender das circunstâncias que ensejaram a gravidez, é comum a aceitação social da maternidade como um ônus decorrente de escolhas consideradas imorais ou equivocadas.

Vida sexual e reprodutiva se entrelaçam de maneira indissociável para as mulheres, às quais incumbiria, naturalmente, o peso da maternidade compulsória como represália: mudanças no corpo, alterações hormonais, readequação de planos de vida e de manejo do tempo útil, compromissos com educação, criação e despesas.

A forma como a mulher é vista e categorizada na sociedade influencia, por exemplo, no tratamento a ela dispensado pelos aparelhos do Estado. Ao procurar o hospital por ter praticado um autoaborto, ela sabe que corre o risco de ser denunciada pelo próprio profissional de saúde que a atendeu. A situação poderia ser comparada a portas que se fecham, a pessoas que viram as costas para a sua vida, numa analogia em sede da qual tais pessoas representam o sistema jurídico. Ela já sabe que está à margem da sociedade, foi colocada lá por uma lógica de pensamento que a exclui, diminui e desvaloriza. Para garantir a liberdade de livre escolha da maternidade, tem que sacrificar outros bens jurídicos.

A “maternidade voluntária”, no nascedouro do movimento feminista estadunidense, em meados dos anos 1970, era considerada uma afronta, por pressupor que a esposa passaria a se recusar a corresponder aos anseios sexuais do parceiro, um direito que não lhe era reconhecido (Davis, 2016).

Na realidade, o controle de natalidade, a oportunidade de exercício de uma escolha, com métodos contraceptivos eficazes e abortos, representa um pilar para a emancipação feminina. A fusão entre o feminino e o maternal, como se fossem pressupostos recíprocos, impõe, socialmente, a maternidade compulsória, a qual termina por moldar os comportamentos femininos e traçar o destino de cada uma das mulheres reprodutoras.

Ainda, as instituições do Estado contribuem para perpetuar o modelo vigente de opressão e inferioridade das mulheres, que são denunciadas e presas pelo crime de aborto, principalmente quando se consideram as reais vítimas: mulheres pretas, pobres, em situação de vulnerabilidade, sem acesso a hospitais privados ou a recursos para efetuarem abortos seguros em países estrangeiros cuja legislação autoriza a prática. Portanto, as concepções de corpo, dignidade, integridade física e psíquica adotadas na legislação variam de acordo com o sexo dos indivíduos, no que atine ao acesso a estes direitos fundamentais.

Martha Minow (1990) denomina tais variações como o “dilema da diferença”: na avaliação das desigualdades, não se deve naturalizá-las, como se fosse assim desde sempre. O peso da maternidade compulsória não atinge as mulheres tão somente em razão de seu aparato biológico, mas em razão dos modelos estruturantes da maternidade na sociedade, ou seja, do modo como o círculo social responde à gestação.

Como ressaltado por Flávia Biroli (2018), a reprodução e a sexualidade são fatos sociais, os quais ganham contornos e circunstâncias de acordo com o contexto em que estão inseridos.. A autonomia reprodutiva e a liberdade no exercício da sexualidade estão intrinsecamente ligadas, alocando os corpos no centro da disputa, e o direito ao aborto influencia a possibilidade de efetuar escolhas e planejar os rumos da própria vida, como

leciona a professora Biroli (2018, p. 135):

O direito ao aborto é um eixo central da autonomia das mulheres. Sem o direito a controlar sua capacidade reprodutiva, a autonomia na definição de sua trajetória de vida fica fundamentalmente comprometida. A participação em outros âmbitos da vida tem estado atrelada à capacidade efetiva de planejamento da sua vida reprodutiva, ao modo como as tarefas de cuidado são divididas na esfera privada e, sobretudo, ao apoio público existente para o cuidado com as crianças e para a proteção no mundo do trabalho das mulheres gestantes e das mães. Por isso, a denúncia da maternidade compulsória esteve relacionada desde o início às lutas pela igualdade de gênero.

É imperativa, também, a reflexão sobre a incursão das relações de poder na vida íntima, bem como na diferenciação do que é público e privado, o que, também, é uma questão política, que pode ser objeto de modificações ao longo do tempo, a depender do patamar de desenvolvimento de determinada coletividade.

Por outro lado, conforme ressaltado pela Ministra Rosa Weber (2023) em seu voto na ADPF 442, o dissenso generalizado sobre a questão do aborto, entendido por uns como crime e, por outros, como direito, é um obstáculo a ser superado pelos poderes instituídos.

Dentre os grupos que defendem com mais afinco a criminalização do aborto, destacam-se as denominações cristãs, as quais têm direcionado recursos e capital ideológico para a atuação política desde os idos de 1980, sendo adotada, pelos candidatos, a recusa aos direitos sexuais e reprodutivos como uma das suas principais pautas.

Este posicionamento, todavia, não domina a dogmática de todas as denominações religiosas, havendo representantes que defendem a não tipificação do aborto como crime, a exemplo da Pastora Lusmarina Campos (2018, *online*), teóloga e pastora luterana, que, em audiência pública realizada no STF em 06 de agosto de 2018, em sede da ADPF 442, destacou que a Bíblia não faz referência ao momento da hominização, ou seja, à exata ocasião em que o emaranhado de células resultantes da fecundação se transforma em uma pessoa.

A pastora sustentou, ainda, a existência de um patriarcado eclesial, que procura inculcar, nas mulheres, a autoimagem de homicidas, ao desejarem descontinuar sua gravidez (Campos, 2018, *online*). Falando em escolhas possíveis, conceito psicanalítico que leva em consideração a angústia vivida no momento da tomada de decisão, destaca que:

Não cabe a nós, como sociedade, como Estado ou como gente de fé, amontoar aflição sobre aflição, como dizia Lutero, culpa sobre culpa, medo sobre medo, abandono sobre abandono, dor sobre dor, ao ameaçar com a prisão e a categorização de “assassina” alguém que está numa profunda situação de vulnerabilidade.

Trata-se, assim, da repetição e permanência da conhecida “culpa cristã” inaugurada por Eva, a qual recai sobre o ser feminino até os dias de hoje. A figura bíblica traduz um dos maiores paradoxos na história da vida feminina: ao mesmo tempo em que representa a vida, sendo a mãe de toda a Humanidade, Eva é vista como a desgraça, o pecado e a tentação, a responsável pelo desvio de Adão ao oferecer-lhe a maçã proibida. As mulheres foram, desde a Antiguidade, culpabilizadas pela entrada do pecado no mundo, e são, constantemente, demonizadas e enxergadas como bruxas fadadas às fogueiras simbólicas, tão cruéis quanto as fogueiras reais (Davis, 2016).

O fato é que, no que concerne aos dogmas religiosos no Estado laico, os espaços de difusão devem estar bem delimitados, no sentido de que as concepções morais e religiosas, sejam elas unânimes, majoritárias ou minoritárias, não devem servir como norte para as decisões estatais, como entendeu, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF 54, que tratou da descriminalização do aborto de feto anencéfalo.

Coagir os administrados, ainda que indiretamente, a prestarem deferência a ideais morais e religiosos que eles não endossam feriria a liberdade religiosa e a laicidade estatal, incorrendo-se em verdadeira violência institucional. Não se deve confundir, portanto, crime e pecado.

Uma reflexão mais aprofundada acerca da positivação de conceitos largamente aceitos nos permitiria dizer que a tipificação não apenas existe em razão do prévio consenso social do que seria uma conduta reprovável, mas, também, incentiva a reprodução e permanência de determinados parâmetros na consciência coletiva. A norma, simplesmente, pode deixar de se encaixar nos moldes da sociedade ao longo do tempo, como aconteceu no caso da criminalização absoluta da interrupção voluntária da gestação.

Retirar, da mulher, a capacidade de condução do seu existir, colocando os seus órgãos reprodutivos à disposição da sociedade, a desumaniza e coisifica, furtando-lhe o atributo de sujeito de direitos.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADPF 54, destacou que a mulher possui um fim em si mesma e não deve ser encarada com um viés utilitarista, como ferramenta para uso arbitrário de outrem, muito menos do Estado, de modo que tal visão feriria a própria condição humana (Brasil, 2012).

Para além da perspectiva da coisificação feminina, seria fantasioso o argumento de que o aborto poderia representar uma solução para o planejamento familiar. Mais importante do que ser a favor ou contra o aborto, é o enfrentamento empático desta situação, que é um tema de saúde pública, pensando-se em políticas que, efetivamente, sejam capazes de reduzir

as mortes de mulheres, decorrentes de abortos clandestinos.

Com efeito, grande parte das mulheres não deseja fazer um aborto até lhe surgir tal necessidade. Espera-se, do Estado, um direcionamento de esforços para evitar que as mulheres sejam presas pela criminalização e morram pela falta de legalização da interrupção voluntária da gravidez.

Frisa-se, ademais, que as complicações decorrentes de abortos clandestinos também revelam diferenças gritantes, de acordo com marcadores de raça, classe e idade, uma vez que as mulheres pobres, pretas e periféricas representam o maior número dentre as vítimas fatais (USP, 2022). Isto porque aquelas mulheres pertencentes às classes sociais mais abastadas têm acesso a serviços de melhor qualidade, ainda que clandestinos, ou saem do Brasil para fazê-lo em países em que o aborto é legalizado.

Dentre as muitas de mulheres mortas por este motivo, todos os anos, estão, inclusive, mães que deixam os seus filhos órfãos, a exemplo de Ingriane Barbosa, que veio a óbito após a realização de um aborto inseguro com uma folha de mamona e deixou de ir ao hospital por medo de ser denunciada, tendo sido o seu caso citado pela advogada Luciana Boiteux na sustentação oral realizada em sede da ADPF 442, em patrocínio do PSOL e ANIS Instituto de Bioética.

Ainda não existe consenso científico, religioso e filosófico para o marco inicial da vida humana: se na fecundação, na nidação ou no nascimento com vida. A legalização do aborto até o limite de 12 (doze) semanas é uma tendência seguida pela maioria dos países que promovem o exercício do direito de escolha da mulher, por acreditar-se que, até este marco de desenvolvimento, inexistem lapsos de consciência para o feto.

Na América Latina, em países como Colômbia e México, como destacado pela advogada Luciana Boiteux (2023), tem-se avançado no sentido de priorizar o direito à saúde e à justiça de gênero, não sendo o Estado constitucionalmente obrigado a criminalizar o aborto, mas, ao contrário, devendo ofertar, às mulheres, a condição de pessoas constitucionais titulares de direitos fundamentais, sujeitos capazes de decidir os rumos da própria vida.

A criminalização do aborto voluntário retira a mulher do centro da decisão, a incapacita, não por haver um embasamento psíquico ou biológico, mas em razão de uma adjetivação concedida pelo sistema, como uma incapacidade-ficção.

Foi neste sentido a argumentação do Ministro Luís Roberto Barroso no mencionado Habeas Corpus nº 124.306/RJ, a respeito da necessidade de combater a ideia dominante de que o útero estaria à serviço da sociedade, antes mesmo de ser objeto de livre disposição por quem o porta.

Defender o direito ao aborto não significa, em nenhuma hipótese, defender a prática reiterada do aborto, como testemunham as histórias de grande número de mulheres que a ele recorrem. O procedimento representa, muitas vezes, a única alternativa, diante de condições sociais miseráveis.

A defesa da livre disposição do corpo da mulher não pode encontrar barreiras no momento da gravidez, de modo que a partir do momento em que passa a gerar, veja embargado o seu direito. O corpo não é propriedade do Estado e não deve se subjuguar ao cumprimento da função social da maternidade compulsória (Santos et al., 2023).

A capacidade de gerar uma vida merece ser uma decisão refletida e não resultante, meramente, de uma ordem natural. Do mesmo modo, a interrupção da gestação não se pode traduzir em uma decisão incauta e irresponsável de um ser egoísta e desprezível, mas ocorre, muitas vezes, imbuída em verdadeiro desespero.

Por todos estes motivos, o Supremo Tribunal Federal, provocado a decidir sobre a compatibilidade da criminalização do aborto com a ordem de princípios e valores constitucionais, tem a oportunidade de redirecionar os rumos da autodeterminação feminina, eliminando a imposição heterônoma de suportar os ônus da gravidez, de acordo com um determinado limite temporal.

Com efeito, os organismos internacionais consideram a violência contra a mulher como uma questão de saúde pública mundial de primeira ordem (Segato, 2003). No Brasil, tão somente a partir de 1996 foram produzidas notas técnicas e cartilhas voltadas à prevenção e tratamento dos agravos decorrentes da violência doméstica e sexual e, recentemente, foi sancionado projeto de lei que determina o atendimento obrigatório, integral e imediato no Sistema Único de Saúde (SUS), com atenção humanizada e respeitosa, acolhimento, apoio psicológico e profilaxias para evitar doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), e existem, também, os Programas de Atenção à Violência (Bandeira, 2014).

Portanto, cabe, também, ao Estado, promover políticas públicas de apoio à maternidade, à paternidade responsável e à infância, e, para mais, incentivar a eliminação da discriminação no mundo do trabalho e a divisão igualitária do dever de cuidado, proporcionando um ambiente que inspire, nas mulheres, decisões verdadeiramente livres sobre os próprios projetos de vida.

### **3. O VOTO DE ROSA WEBER NA ADPF 442 E A LEGITIMIDADE DO STF PARA ASSEGURAR OS DIREITOS DAS MULHERES**

A então Ministra Presidente do STF, Rosa Weber, relatora da ADPF 442, prolatou,

como último ato na Corte Constitucional, antes de sua aposentadoria, voto disruptivo e multitemático, no sentido de declarar a não recepção parcial dos artigos 124 e 126, do Código Penal, pela Constituição de 1988, excluindo, do seu âmbito de incidência, a interrupção voluntária da gestação até a sua décima segunda semana. A Relatora abordou, cuidadosamente, na extensa decisão, a existência de legitimidade do Supremo para decidir sobre o estatuto jurídico da interrupção antecipada da gravidez, que foi introduzido, no ordenamento, por ato legislativo do Congresso Nacional, a quem, para alguns, caberia, exclusivamente, a superação do assunto, em razão de ser composto por representantes eleitos por sufrágio universal.

Reconhecendo que a representatividade popular é um aspecto central da democracia, a Ministra destacou que, também, a sujeição dos Poderes a regras e princípios fundamentais da Constituição também é corolário de um regime democrático, do qual fazem parte as mulheres. Sendo assim, o controle das leis seria atribuído ao Tribunal Constitucional, com a complexa missão de realizar a democracia, que não se resume à regra da maioria, mas busca concretizar os direitos das minorias, diante de ataques provenientes da vontade majoritária. Considerou-se, ainda, que, por expressa previsão do artigo 5º, XXXV, CRFB, o STF, provocado a se pronunciar sobre a compatibilidade da tipificação do aborto voluntário até doze semanas com a Constituição da República, está obrigado a decidir.

Weber (Brasil, 2023, p. 12) apontou, ainda, que o pluralismo peculiar à democracia “reacende a dificuldade da identificação da vontade do povo e de seu governo que deve ser responsivo às preferências sociais”. Ou seja, quem representa o povo nas decisões políticas encontra dificuldades para atender as suas preferências em situações de profundo desacordo de pensamento, como é o caso do aborto. Também não se excluiu a fragilidade da regra decisória majoritária, a exemplo das maiorias fabricadas, que não deve, por este motivo, ser a principal ou única resposta procedimental democrática. Ao método majoritário das legislaturas representativas, na visão da Ministra, deve promover a inclusão das minorias políticas nos espaços decisórios, entendendo-se, portanto, que as eleições não solucionam, por completo, os desacordos, tampouco eliminam as preferências sociais heterogêneas. As decisões resultantes do processo político-majoritário não são infensas a controles.

O controle de constitucionalidade, seja formal ou material, compete ao Supremo Tribunal Federal, o “guardião da Constituição”, por força do que dispõe o artigo 102, *caput*, da CRFB. Refutou-se, deste modo, os argumentos em contrário, sustentados pelo Senado Federal, pela Advocacia-Geral da União, pela Procuradoria-Geral da República e por alguns *amici curiae*, no sentido da reserva às competências constitucionais, às capacidades

institucionais e à legitimidade democrática do Poder Legislativo.

Sendo o controle de constitucionalidade um imperativo do Estado Constitucional, coexistiria com os demais Poderes da República, tendo caráter repressivo e incidindo sobre a validade do ato normativo, não anulando, em absoluto, as atribuições conferidas ao Legislativo, de criador da regra jurídica. Seria temerário, portanto, relegar a tipificação do aborto como crime, nos artigos 124 e 126, do Código Penal, à imunidade em relação às estruturas argumentativas do Estado Democrático de Direito.

A competência jurisdicional do Tribunal Constitucional, instituição não eleita e imparcial, justifica-se, também, pela impossibilidade de vinculatividade da Carta Constitucional para toda a coletividade, sem passar por um filtro de significação e interpretação nas situações concretas ou em contextos abstratos, tendo em vista a indeterminação de certos textos. Reiterou a Relatora que a democracia não se realiza, nas sociedades contemporâneas, pela prevalência do princípio majoritário, derivando a autoridade das decisões judiciais, muitas vezes taxadas de impopulares a antidemocráticas, do exercício da jurisdição constitucional. Afastou-se, ainda, o argumento da reserva legislativa na interpretação das normas constitucionais sobre o tema, uma vez que o entendimento contrário terminaria por eliminar a supremacia da Constituição no controle da validade dos dispositivos penais questionados.

Concluiu a Ministra Rosa Weber que a decisão proferida pelo STF não desafia o princípio da separação de poderes, mas, ao contrário, “reafirma os valores constitucionais, a independência e as capacidades institucionais dos Poderes constituídos”, estando firme na sua missão de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais frente aos atos dos poderes públicos, assegurando uma interpretação constitucional fundada na oitiva dos atores sociais envolvidos no tema, na construção de um processo decisório aberto e plural, por meio de audiências públicas e *amici curiae*.

Ao retomar o julgamento da ADPF 442, depois de “longo e injustificável hiato”, segundo as palavras da Relatora, o STF põe luz sobre direitos essenciais ao projeto igualitário e democrático da Constituição do Brasil, restando-nos o aguardo do proferimento de votos pelos demais Ministros da Corte. Em verdade, o voto da Ministra Rosa Weber na ADPF 442, ao tempo em que atribui um papel ponderado e reflexivo ao STF, ainda que muitas vezes contramajoritário, diante de uma sociedade plural, para identificar a vontade do povo e cotejá-la com a promoção dos direitos fundamentais da minoria, não soluciona, objetivamente, a questão essencial à discussão da matéria.

Ainda que seja possível a declaração de não recepção parcial de dispositivos legais

anteriores à CRFB/1988 – e, frise-se, a norma sob análise data de 1940, quando não era dado, às mulheres, sequer, o direito ao exercício da cidadania por meio do voto – seria oportuno um estudo mais aprofundado acerca do estabelecimento de marco temporal totalmente inovador para a incidência da tipificação legal: o limite de doze semanas de gestação.

O ponto central da controvérsia seria avaliarmos se a conduta do Supremo, caso o pleno ratifique o voto da Ministra Relatora, estipulando um marco temporal do desenvolvimento fetal para a descriminalização, poderia investi-lo, inadequadamente, na função de legislador.

O formalismo exacerbado, segundo o professor Cappelletti (1999), extinguiria, por completo, a ideia de discricionariedade e a ideia de escolha, transformando a decisão judicial em um resultado lógico e dedutivo. As escolas que se insurgiram contra o formalismo, tais como *sociological jurisprudence* e *legal realism*, nos Estados Unidos da América, sustentaram que as decisões judiciais teriam, também, uma força criativa para inovar no mundo jurídico, e não apenas descreveriam um direito já posto. O magistrado não seria, então, uma entidade quase inconsciente, destituído de qualquer criatividade. Ao decidir, o juízo deve valorar a situação concreta, considerar os resultados práticos do ato decisório, inclusive suas implicações morais, em uma ponderação discricionária, mas não arbitrária.

Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a atuação judicante neutra, sem comprometimento, sem consideração do contexto histórico, dos aspectos sociológicos e políticos do caso do aborto voluntário, como se fosse suficiente a aplicação da literalidade e da lógica abstrata. Indubitavelmente, é necessário um comprometimento moral, político e jurídico com as necessidades, as tendências e os ideais da sociedade.

Seria natural, portanto, considerar que a atividade criativa está presente no direito, e os juízes atuam como *law-makers*, esclarecendo, integrando, plasmando e transformando a realidade jurídica, o que, para Cappelletti (1999), não significa legislar.

No caso da ADPF 442, habilitaram-se 54 (cinquenta e quatro) *amici curiae*, entre núcleos universitários, grupos feministas, associações e sociedades atuantes na área de medicina, enfermagem, bioética e antropologia, além de grupos cristãos, tratando das questões biológicas que orbitam em redor do estágio de desenvolvimento fetal em doze semanas de gestação, de questões religiosas e morais, além de aspectos políticos atinentes aos direitos das mulheres.

Solidamente informada, a Ministra Relatora proferiu voto que parece se adequar às finalidades sociais perseguidas pelo *Welfare State*, em um ato decisório que refletiu a evolução do pensamento social, ainda que sem dever reverência à opinião majoritária.

Para Luís Roberto Barroso (2018), existe legitimidade democrática na jurisdição constitucional, ainda que exista a dificuldade contramajoritária, baseada na proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de eliminação por deliberação de políticos eleitos, e proteção das regras do jogo democrático, promovendo a participação política de todos, para afastar a tirania das maiorias, com a deturpação do processo democrático. Com efeito, a democracia é a harmonização do dissenso.

Destaca-se, também, que as desigualdades de cunho biológico, de cor e de gênero, terminam por inscrever as marcas do sistema de dominação nos próprios corpos, de uma maneira permanente, ainda que haja mobilidade social ou utilização de símbolos de ostentação de alto *status* (Davis, 2016).

O fato é que, na exigente tarefa de defesa dos direitos fundamentais no Estado de Direito, em que o controle de constitucionalidade pelas Cortes Supremas é um imperativo, há casos em que a vulnerabilidade do direito material torna imperiosa a intensificação da atividade criativa, inclusive com o estabelecimento de inovações bem específicas, que não estavam abrangidas pela norma-regra. Seria extremamente temerário e indesejável, portanto, conferir imunidade à tipificação absoluta do aborto voluntário nos artigos 124 e 126, do Código Penal, diante dos controles do Estado Democrático.

Se, para a preservação do direito individual das mulheres à autodeterminação, como medida que rompe com a lógica patriarcal arraigada na sociedade, sobretudo em sede de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio de decisão que abrangerá um sem número de mulheres em situação de vulnerabilidade, dentre elas, pretas, pobres e periféricas, jovens, adultas, estudantes e trabalhadoras, for necessário o exercício da capacidade criativa do magistrado para estabelecer marco temporal não previsto originalmente pelo legislador, não se vislumbra uma absoluta impossibilidade.

Deste modo, realiza-se a democracia, que se traduz em participação e liberdade, com um Poder Judiciário imune aos caprichos da maioria, dinâmico e criativo, dotado da capacidade de contribuir grandemente com a coletividade.

## **CONCLUSÃO**

Desde o ano de 1970, são significativos os avanços alcançados pelo movimento feminista no reconhecimento dos direitos das mulheres, cujo entrave principal seria a desigualdade própria das relações hierárquicas.

O direito ao aborto voluntário até 12 (doze) semanas de gravidez surge, assim, como uma pauta ligada à autodeterminação feminina, conceito ligado à dignidade da pessoa humana,

assegurada pelo artigo 1º, III, CRFB.

Contudo, no que concerne às instituições, ainda há que se avançar. As políticas públicas relacionadas ao aborto, muito mais do que à simples discussão sobre o direito à vida intrauterina, dizem respeito à saúde, ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à vida, à liberdade e às disputas pelo corpo feminino.

A questão se torna ainda mais delicada quando se considera quem seriam as reais sujeitas ativas do crime tipificado no artigo 124 do Código Penal: não são, em sua maioria, as mulheres com melhores condições econômicas, que têm acesso a hospitais particulares e, até, ao abortamento em países estrangeiros em sede dos quais a prática é permitida.

A lei penal atinge, sobretudo, as mulheres pobres, pretas, em situação de vulnerabilidade social, que não têm acesso a saúde, educação, saneamento básico. O caso de Margaret Garner, contado por Angela Davis (2016), ilustra muito bem a situação de precariedade vivida por certas mulheres: ela era uma escrava fugitiva que não viu outra alternativa, a não ser matar a própria filha, para livrá-la da escravidão, e, quando foi encontrada por captores de escravos, comemorava a morte, já que a menina nunca conheceria o sofrimento de uma mulher escrava, enquanto implorava pela pena de morte por assassinato. As particularidades do caso concreto não podem ser ignoradas, as realidades pessoais devem ser consideradas, notadamente porque muitas atitudes são consequências do desespero, não do egoísmo puro e simples.

Também, os atores jurídicos devem buscar a compreensão das razões pelas quais o movimento feminista defende a descriminalização do aborto, o que não significa uma campanha pela realização generalizada de abortos.

Neste aspecto, mostra-se essencial a atuação orquestrada entre os Poderes da República, notadamente do Poder Judiciário, diante de sucessivas ofensivas à autodeterminação feminina pelo Legislativo, a exemplo do Projeto de Lei nº 1904/2024, apresentado pelo deputado federal Sóstenes Cavalcante (PL/RJ), que equipara o aborto ao homicídio simples, com pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão, se realizado após 22 (vinte e duas) semanas de gestação, em qualquer caso, inclusive na gravidez decorrente de estupro.

Contudo, um dos maiores desafios enfrentados pelas Cortes Constitucionais é a resistência diante da revisão judicial dos atos legislativos, produzidos por representantes do povo e materializadores, portanto, da sua vontade.

Esta dificuldade contramajoritária, consistente na ausência de legitimidade democrática dos juízes para dar a última palavra interpretativa para as normas, pode ser

superada, com base na necessidade de preservação dos direitos fundamentais.

Visando-se a proteção dos direitos da mulher, deve haver a flexibilização do que se entende como função típica do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, com o fim de se resguardar e fazer prevalecer o direito material, dado que ambos exercem atividade criativa, em maior ou menor medida, a depender da ocasião e do tema.

Seria legítima e, até, desejável a atividade criativa do STF no caso da descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, o que não representaria qualquer violação à Separação de Poderes, uma vez que o efeito vinculante da decisão não teria o condão de vincular o Poder Legislativo em sua função legiferante, sendo-lhe dado editar lei com conteúdo idêntico àquela que fora declarada inconstitucional.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2017) destacaram os riscos de se atribuir, a qualquer órgão, a incumbência de dar a última palavra interpretativa, sendo adequado, por outro lado, autorizar a permanência de correções recíprocas ao longo do tempo. Afirmam ser preferível não atribuir, nem ao Judiciário, nem ao Legislativo, o direito de cometer o erro por último.

Ao final, a Ministra efetuou apelo ao Legislador, no sentido da necessidade de regulamentação legal e adequação do Código Penal às novas realidades, demonstrando coerência com o ambiente jurídico em que está inserida a controvérsia e respeito ao sistema de freios e contrapesos.

O voto da Ministra Rosa Weber na ADPF 442, ao declarar a não recepção parcial do texto dos artigos 124 e 126, do Código Penal, pela Constituição de 1988, para descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana, põe em prática, de maneira parcimoniosa e ponderada, a capacidade criativa do STF, visando a promoção da pluralidade social e reconhecendo o direito à autodeterminação feminina.

Descriminalizar o aborto não significa prestigiá-lo, mas, sim, afastar a incidência do direito penal sobre a conduta, com base no princípio da intervenção mínima, diretriz essencial para os atores jurídicos do microssistema penal, que deverão avaliar: se a incidência será útil para combater a violação a bens jurídicos, se existem outros meios de combate, e se a pena é compatível com os os efeitos acarretados para a apenada (Baratta, 2002).

Precisamos avançar na defesa dos direitos fundamentais das mulheres brasileiras, e a atuação do STF é essencial para o alcance deste objetivo, já que a realidade atual, de completo desamparo, tem relegado, seletivamente, as mulheres pobres à clandestinidade, ao banco dos réus ou à morte sem qualquer cerimônia.

A estratégia de criminalização, além de não servir ao propósito de impedir ou

prevenir a conduta abortiva, caminha contra a experiência internacional, a qual atesta que as menores taxas de abortamento são encontradas em países cuja descriminalização já ocorreu.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCHIETA, Isabelle. **Imagens da Mulher no Ocidente Moderno: bruxas e tupinambás canibais**. v. 1 e 3. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2021.

BANDEIRA, Lourdes. **Violência Sexual, Imaginário de Gênero e Narcisismo**. In: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (orgs). *Violência, Gênero e Crime no Distrito Federal*. Brasília: Editora UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. **Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação**. In: *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, 2014, p. 449-469.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas**. In: *Direito&Práxis*. v. 9, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm) >. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1904/2024**. Acresce dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão pre-ventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de

interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Impetrante: Jair Leite Pereira. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 09 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF 442**. Relatora: Min. Rosa Weber, 22 set. 2023. Voto. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF 54**. ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 abr. 2012. Inteiro Teor do Acórdão. Brasília, Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 10 jul. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. Recomendação Geral n. 19. Violência contra as mulheres. 1992. Disponível em: <[https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/rec\\_geral\\_19\\_violencia\\_contra\\_as\\_mulheres.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/rec_geral_19_violencia_contra_as_mulheres.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2024.

COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. Recomendação Geral n. 35. 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f-9230f283050b7673aeb063.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2024.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <[http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO\\_PesquisaNacionalAborto2016.pdf](http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO_PesquisaNacionalAborto2016.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2024.

GONZALES, Lélia. **Por um feminismo afro latino americano**. Rio de Janeiro: Zahar. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINOW, Martha. **Making all the difference**. Inclusion, exclusion, and American Law. New York: Cornell University, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4293170/mod\\_resource/content/1/declaracao\\_beijing.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4293170/mod_resource/content/1/declaracao_beijing.pdf)> Acesso em: 19 mai. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 1993. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf). Acesso em: 19 mai. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Cairo, 1994. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2024.

PASTORA Lusmarina Campos na Audiência Pública do STF - Descriminalização do Aborto. [S. 1.], 2018. 1 vídeo *online* (23:15). Disponível em: <https://youtu.be/RblN7f6Kg8o?si=pHYtuxahz8yCWDS4>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SANTOS, Gislene Aparecida dos et al. O itinerário da criminalização do aborto no Brasil: uma reescrita a partir de perspectivas feministas interseccionais. *In: Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira*. SEVERI, Fabiana Cristina (org.). Ribeirão Preto: FDRP-USP, 2023.

SEGATO, Rita Laura. **Las estructuras elementales de la violencia**: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

SUSTENTAÇÃO oral ADPF 442 - Advogada Luciana Boiteux - PSOL/RJ. [S. 1.], 2023. 1 vídeo *online* (7:01). Disponível em: <https://youtu.be/zED65uJn6d4?si=7vgDNEOSZzlwW0vd>. Acesso em: 10 nov. 2023.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO; INSTITUTO DE DIREITOS HUMANOS DA COLUMBIA LAW SCHOOL. **Aborto no Brasil**: falhas substantivas e processuais na criminalização de mulheres. USP/COLUMBIA LAW SCHOOL, 2022. Disponível em: <https://cfj.org/wp-content/uploads/2022/07/POR-USP-CLS-Abortion-Report.pdf>. Acesso em: 20 de mai de 2024.

VISÃO da sociedade patriarcal perante o aborto e o abandono. [S. 1.], 2020. 1 vídeo *online* (3:20). Publicado pelo Café Filosófico CPFL. Disponível em: <https://youtu.be/wpPdJo-bvy0?si=aW3MAcCcg1N978qf>. Acesso em: 10 nov. 2023.