

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**Constitucionalismo agonístico:**  
A questão do aborto no Brasil

Gabriela Rondon Rossi Louzada

Brasília  
2020

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**Gabriela Rondon Rossi Louzada**

Constitucionalismo agonístico:  
A questão do aborto no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para  
a obtenção do Título de Doutora em Direito  
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Brasília.

Orientadora: Profa. Dra. Debora Diniz

Brasília  
Fevereiro de 2020

Gabriela Rondon Rossi Louzada

Constitucionalismo agonístico:  
A questão do aborto no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para a  
obtenção do Título de Doutora em Direito pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade de Brasília.

A candidata foi considerada \_\_\_\_\_ pela banca examinadora em 28 de fevereiro de 2020.

---

Professora Doutora Debora Diniz (orientadora)  
Faculdade de Direito — Universidade de Brasília

---

Professora Doutora Alba María Ruibal (membro externo)  
CONICET — Universidade de Córdoba, Argentina

---

Professor Doutor Roger Raupp Rios (membro externo)  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

---

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto (membro interno)  
Faculdade de Direito — Universidade de Brasília

---

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo (membro interno)  
Faculdade de Direito — Universidade de Brasília

Brasília  
Fevereiro de 2020

## AGRADECIMENTOS

À professora Debora Diniz, agradeço o rigor, cuidado e afeto com que nos ensina a ser amadoras engajadas, todos os dias. Esta tese é apenas um dos reflexos da generosa caminhada ao seu lado para aprender o ofício. À Anis – Instituto de Bioética, por ser *alma mater* da pesquisa e litígio feminista da qual esta tese deriva. O texto é de responsabilidade minha, mas a experiência de pensar e agir sobre as demandas constitucionais sobre aborto foram sempre coletivas. Em particular, agradeço a Luciana Brito, pelas leituras e pelo acompanhamento fundamental à reflexão e escrita deste texto, e a Sinara Gumieri, pela parceria nos casos constitucionais aqui abordados. A Illy Batista, pelo suporte à revisão bibliográfica. A Amanda Nunes, por ter-se tornado também companheira de pesquisa e ação neste tema.

À matilha, pela certeza de que a vida intelectual não precisa ser solitária. Pelas leituras e contribuições ao projeto e fases diversas de elaboração desta pesquisa, agradeço a Ana Laura Vilela, Anderson Cavichioli, Cecilia Froemming, Dárlinton Reis, Ilana Ambrogí, Ilka Teodoro, Izabella Passos, Laura Sarmiento, Luna Borges, Marcio Cunha Filho e Rogério Diniz. A Valéria Rondon, pelo suporte fundamental em fases de coleta e revisão de dados de pesquisa. A Milena Pinheiro e Andreia Marreiro, pelas leituras e revisões de manuscritos finais.

À professora Alba Ruibal, pela generosidade em múltiplas conversas sobre os rumos desta pesquisa. Aos professores Menelick de Carvalho Netto e Juliano Zaiden Benvindo, pelos ensinamentos em direito constitucional desde a graduação, que foram fundamentais para que esta tese tivesse de onde partir. Ao professor Roger Raupp Rios, pela inspiração de pesquisa engajada. A todos, por comporem a banca examinadora e pelas contribuições à finalização deste percurso de doutorado.

Ao Fundo de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAP-DF), pela bolsa de pesquisa em tempos de contingenciamento.

*Senhor Presidente! Ocupo, hoje, a tribuna para justificar projeto no qual propugno a renovação do artigo 128 e seus itens do Código Penal, permissivo do aborto terapêutico e do praticado em caso de estupro.*

*Desejo oferecer, também, alguns argumentos tendentes a dissipar o ceticismo demonstrado pelo meu nobre colega e amigo Deputado Rui Santos, quando afirmou que “eu poderia encontrar razões teológicas para a condenação do aborto de qualquer condição, mas, nunca, explicações científicas”.*

*Relativamente ao projeto que terei a honra de encaminhar à Mesa, recebi de Sua Eminência o Cardeal Dom Motta, Arcebispo de São Paulo, o seguinte telegrama: “Felicitamos Vossência feliz projeto maior reajustamento moral nossos códigos Abraços Cardeal Motta”.*

Arruda Câmara (PDC/PE)

Apresentação do primeiro projeto de lei destinado a alterar a regulação do aborto do Código Penal ainda vigente de 1940.  
Diário do Congresso Nacional, outubro de 1949

*“É que o aborto bate nas batinas dos padres e para a OAB problema do povo é só Constituinte. E as mulheres que morrem, não são povo?”*

Romi Medeiros da Fonseca  
Entrevista para Revista Mulherio sobre a apresentação de sua tese “Justiça social e aborto”, na 9ª Conferência Nacional dos Advogados  
Ano 2, nº 7, julho-agosto 1982

## RESUMO

Esta tese tem por objetivo oferecer uma análise da constitucionalização da questão do aborto no Brasil a partir de um marco de democracia agonística. O foco na questão do aborto se justifica pela persistência da hegemonia da doutrina cristã no país, que impõe desafios à abertura democrática do político para o tema. Segundo o marco agonístico, cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal fazem parte da disputa por hegemonia que caracteriza o político. Sendo assim, a justificativa da sua pertinência no arranjo institucional não é o fato de que sejam configuradas para tomar decisões contramajoritárias, mas, de maneira mais modesta, o fato de que permitam o enquadramento de contestações à hegemonia de forma contramajoritária dentro da política democrática. A possibilidade de tomada de decisão contramajoritária não pode ser resolvida pelo arranjo institucional, mas apenas na contingência do conflito agonístico. Portanto, a legitimidade das cortes em uma democracia agonística tem um caráter mais procedimental sobre o que pode aportar ao conflito político do que o que pode decidir. A partir de duas análises empíricas independentes, a primeira sobre o julgamento da ADPF 54 sobre anencefalia em 2012 e a segunda sobre as audiências públicas da ADPF 442 sobre descriminalização do aborto até a 12ª semana, em 2018, procuro demonstrar como o enquadramento da questão do aborto no STF a partir de demandas contramajoritárias feministas contribuiu à contestação da hegemonia da doutrina cristã para o tema.

**Palavras-chave:** Aborto. Democracia agonística. Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo.

## ABSTRACT

This thesis aims to offer an analysis of the constitutionalization of abortion in Brazil from the perspective of agonistic democracy. The focus on abortion is justified by the persistence of the hegemony of Christian doctrine in the country, which imposes challenges to the democratic opening of the political to the topic. According to the agonistic framework, constitutional courts such as the Federal Supreme Court (STF) are part of the dispute for hegemony that characterizes the political. Thus, the justification for their legitimacy in the institutional arrangement is not the fact that they are configured to take counter-majoritarian decisions, but, more modestly, the fact that they allow the framing of challenges to hegemony in a counter-majoritarian way within democratic politics. The possibility of counter-majoritarian decision-making cannot be solved by institutional design; it can only be met in the context of agonistic conflict. Therefore, the legitimacy of courts in an agonistic democracy has a more procedural character about what it can bring to political conflict than what it can decide. From two independent empirical analyzes, the first on the ADPF 54 trial on anencephaly in 2012 and the second on the ADPF 442 public hearings on decriminalizing abortion until the 12th week of pregnancy in 2018, I try to demonstrate how the framing of the abortion issue in the Supreme Court based on feminist counter-majoritarian demands contributed to the challenge of the hegemony of Christian doctrine on the subject.

**Keywords:** Abortion. Agonistic democracy. Judicial review. Constitutionalism.

## SUMÁRIO

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>10</b>
• ANTECEDENTES: A CRIAÇÃO DE UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SOBRE ABORTO NO BRASIL .....	15
• HEGEMONIA E CONFLITO NA PRÁTICA CONSTITUCIONAL .....	19
• CONSIDERAÇÕES ÉTICAS.....	23
<b>CAPÍTULO PRIMEIRO – LEGITIMIDADE DE CORTES PARA DECISÃO SOBRE ABORTO EM UMA DEMOCRACIA AGONÍSTICA .....</b>	<b>26</b>
• MOMENTO POPULISTA: DESAFIOS À RADICALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA .....	29
• CONSTITUCIONALISMO AGONÍSTICO .....	34
• CONSTITUCIONALISMO AGONÍSTICO PARA A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL .....	42
<b>CAPÍTULO SEGUNDO – O GÊNERO DA DIGNIDADE: HUMANISMO SECULAR E PROIBIÇÃO DE TORTURA PARA A QUESTÃO DO ABORTO NA ADPF 54.....</b>	<b>46</b>
• A EXPERIÊNCIA TRANSNACIONAL: DIGNIDADE PARA A QUESTÃO DO ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS E NA ALEMANHA .....	48
• ADPF 54: O GÊNERO DA DIGNIDADE E DA TORTURA .....	53
• DIGNIDADE PARA O CONSTITUCIONALISMO CATÓLICO .....	57
○ <i>SOFRIMENTO DIGNIFICA</i> .....	59
○ <i>DIGNIDADE COMO SACRIFÍCIO</i> .....	61
• DIGNIDADE PARA O CONSTITUCIONALISMO SECULAR.....	63
○ <i>DIGNIDADE DA MULHER, INTERESSES DA SOCIEDADE</i> .....	63
○ <i>SOFRIMENTO MENTAL COMO TORTURA, HUMANISMO SECULAR PARA MATERNIDADE DIGNA</i> .....	66
• RESOLUÇÃO AGONÍSTICA .....	71

<b>CAPÍTULO TERCEIRO – A CIÊNCIA COMO VETOR DO EMBATE AGONÍSTICO SOBRE ABORTO: O USO DE EVIDÊNCIAS E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DA ADPF 442 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>73</b>
• ADPF 442 E CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS .....	77
• O AGONISMO PELO GIRO DOS CONTRÁRIOS: AS MULHERES COMO PREOCUPAÇÃO CENTRAL DO DISCURSO ANTI-ABORTO .....	81
○ MULHERES NÃO FAZEM ABORTO .....	82
○ ABORTO LEGAL ENLOUQUECE E MATA .....	89
• ABORTO EM MOMENTO DE PÓS-VERDADE.....	96
EPÍLOGO .....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	101
FONTES.....	122
NOTÍCIAS.....	126

## PRÓLOGO

As perguntas para esta tese surgiram pela primeira vez para mim de inquietações compartilhadas por outras dentro do campo feminista sobre a razoabilidade ou conveniência de transformar a demanda de descriminalização do aborto em uma demanda constitucional no Brasil. Entre elas estavam dúvidas no seguinte sentido: que tipo de poder queremos reconhecer a juízes, não-eleitos, membros de uma elite profissional e de classe, para definir os direitos que temos ou não? O que significa fazê-lo de modo a pretender chegar até o Supremo Tribunal Federal, instância que pode decidir de forma irrecorrível, em lugar de apostar prioritariamente em demandas diante do legislativo ou de organização de políticas públicas diante do executivo? Ou ainda: e se esses juízes, com a autoridade para interpretar a Constituição, decidirem que não há enquadramento constitucional possível para reconhecer direitos reprodutivos, como o direito ao aborto – de que forma é possível recomeçar a fazer a pergunta, se a porta constitucional se fechar?<sup>1</sup>

Mesmo em caso de possível vitória, o receio de *backlash* povoava as preocupações de muitos grupos. Perguntavam-se: se ganharmos, essa não seria uma vitória brusca e ilegítima, que provocaria o recrudescimento da ação conservadora de grupos de oposição, os quais poderiam nos fazer dar dois passos atrás depois de dar um passo à frente?<sup>2</sup> Segundo algumas objeções, a mera proposição de uma ação constitucional poderia também ter esse efeito, uma vez que abriria a provocação com o parlamento ou grupos opositores, que poderiam intensificar sua ofensiva. Todos esses questionamentos são dúvidas legítimas que fazem parte da prática

---

<sup>1</sup> Procuo reportar as perguntas da forma como as ouvi, certa, no entanto, de que não se trata de uma reprodução literal. Ainda que não compartilhe do enquadramento de todas elas, considero que são perguntas fundamentais para compreender as formas de interação entre movimentos sociais e instituições, e em particular para compreender como interpretações hegemônicas sobre o funcionamento das instituições enquadram as perguntas dos movimentos sobre sua própria atuação e suas consequências. Sobre esse tema, ver Diniz e Carino (2019).

<sup>2</sup> Algumas publicações brasileiras têm adotado o termo traduzido refluxo para designar *backlash* (Bunchaft, Limberger, Cristianetti, 2016). No entanto, a prática da tradução ainda não parece majoritária, por isso ainda utilizo o termo em inglês para fazer referência direta à literatura original sobre o tema, produzida nesse idioma. Ver Klarman (1994), Post e Siegel (2007), Pierceson (2010), Greenhouse e Siegel (2011).

política dos movimentos sociais em seu processo de decidir apostar ou não na via da mobilização legal. São dúvidas que orientam o processo de identificação de oportunidades legais, a avaliação de conjuntura sobre as ações de um possível contra-movimento e de seus recursos para atuar. Trata-se de temas que o campo dos estudos dos movimentos sociais e da mobilização legal se debruçam a descrever e compreender (McCann,2006; Ruibal, 2015a).

Ao mesmo tempo, esses são também questionamentos que receberam respostas normativas da teoria constitucional ou da teoria política. Debates sobre a legitimidade democrática da composição de cortes e sua possibilidade de rever decisões legislativas, sobre o conflito da supremacia judicial ou parlamentar e as consequências de decisões contramajoritárias no campo político com frequência oferecem respostas prescritivas sobre se as cortes sequer são instituições adequadas, em primeiro lugar, para decidir. Algumas análises de base principiológica afirmam, por exemplo, que o controle de constitucionalidade por cortes seria necessariamente elitista ou paternalista, uma vez que concentraria o poder final de validação de uma norma em um grupo de juízes a partir de uma descrença no poder decisório dos cidadãos (Nino, 1997; Waldron, 2006; Gargarella, 2008).

Partindo de desconfiança semelhante, há estudos que buscam realizar investigações empíricas sobre se uma vitória judicial em casos de litígio estratégico ou litígio de interesse público implicaria de fato uma vitória para a proteção de direitos demandada. Essa é uma pergunta fundamental para a mobilização política e compreensão do funcionamento das instituições, mas parte importante da literatura, em particular estadunidense, produziu diagnósticos desoladores ao enquadrar o questionamento com foco exclusivo nas cortes. Análises de desdobramentos de casos como *Brown v. Board of Education*, de 1954, sobre a dessegregação racial em escolas ou *Roe v. Wade*, de 1973, sobre aborto, os descreveram como esperanças ocas (*hollow hope*) (Rosenberg, 2008) ou, mesmo, como casos responsáveis pela

desmobilização de movimentos sociais e respostas agressivas da oposição (Klarman, 1994; West, 2009).

Para descrever as dinâmicas encontradas como consequências particulares do que provoca a decisão por cortes e não como um resultado possível, mesmo que indesejável, de embates políticos que poderiam ser promovidos por outras instâncias, essas análises em geral se vincularam à tese da dificuldade contramajoritária, conceituada por Alexander Bickel nos anos 1960, a qual parte da avaliação de que o fato de juízes não serem eleitos implica um déficit democrático fundamental aos tribunais (Bickel, 1986). Esse déficit poderia ter distintos efeitos considerados prejudiciais à democracia, entre eles os de dois tipos: a possibilidade de decisões não serem cumpridas, devido à falta de legitimidade política e de meios para implementá-las pela força ou controle do orçamento – daí o título de braço menos perigoso do poder, derivado da análise de Alexander Hamilton, nos *Federalistas* n. 78 (Hamilton, Madison, Jay, 2001) –, ou a possibilidade de gerarem disfunção no funcionamento considerado regular da política, justamente pela imposição de uma decisão não majoritária.

Análises como essas, por sua vez, também foram criticadas por provocar um isolamento da observação empírica focada apenas em cortes, sem considerar sua interação com o cenário político mais amplo ou outras instituições (McCann, 1992; NeJaime, 2011). Mesmo que apresentadas como resultado de um diagnóstico descritivo, a seleção das variáveis para localizar a decisão da corte como ponto de partida para a mudança do conflito político foi descrita como representativa de um viés que indicava preferência normativa por processos de tomada de decisão não-judiciais. Sem levar em consideração outros atores ou processos, assumia-se que as cortes haviam provocado a turbulência política em questão (Pierceson, 2010). No entanto, a mobilização legal não é articulada apenas por litigantes e juízes, e nem mesmo os efeitos produtivos de uma decisão judicial podem ser isolados como mérito exclusivo das

cortes, razão pela qual escolher essa perspectiva metodológica pode ser contraproducente para entender o que de fato ocorre.

Linda Greenhouse e Reva Siegel (2011, 2012), por exemplo, buscaram oferecer outra perspectiva para compreender como se deu a intensificação do debate político sobre aborto nos Estados Unidos ao observar processos políticos anteriores e posteriores a *Roe v. Wade*. Ao fazê-lo, descentralizaram a decisão constitucional do papel polarizador que comumente lhe é atribuído para compreender outros processos em interação. No resgate documental da pesquisa, descobriram elementos ignorados por análises tendentes à confirmação da dificuldade contramajoritária: a guinada conservadora do debate político sobre aborto não havia se verificado a não ser 10 anos depois da decisão da corte, e estudos aprofundados sobre a dinâmica partidária no país evidenciaram que o tema do aborto já tinha sido escolhido como central à estratégia de conquista de eleitores católicos conservadores pelos republicanos nos anos 1960, mais de uma década antes de os casos de aborto chegarem à Suprema Corte. Havia, portanto, ao menos outros elementos que poderiam ser considerados tão relevantes para a mobilização política de movimento e contra-movimento em torno ao aborto quanto o fato de a corte ter decidido se pronunciar.

Enquanto Greenhouse e Siegel deslocaram a importância de *Roe* no acirramento do debate político, outros pesquisadores também propuseram narrativas alternativas para alguns dos outros casos paradigmáticos da corte estadunidense, para argumentar que não haviam sido decisões exatamente contramajoritárias, mas, pelo contrário, tendentes a majoritárias quando outras instâncias do poder, por diversas razões, não estavam responsivas às mudanças políticas da comunidade (Lain, 2012). Depois do trabalho pioneiro de Michael Klarman (2004) sobre *Brown*, por exemplo, outros autores passaram a considerar também que a decisão foi, na verdade, parte de um emergente consenso contra a segregação racial, ainda que impopular nos estados do sul (Balkin, 2004). Também foi dito sobre *Roe* que a decisão tinha sido uma resposta

à disfunção legislativa dos estados, já que havia indícios de atrasos deliberados de decisão sobre o tema sob a expectativa de que o judiciário se ocupasse de resolver a questão moralmente sensível (Graber, 2005).

Estudos como esses são fundamentais por permitir maior aproximação da teoria constitucional às análises empíricas da mobilização legal e, assim, permitir retroalimentação analítica que pode ter reflexos também em processos deliberativos – inclusive aqueles que fazem parte da análise estratégica de movimentos sociais. No entanto, a ênfase na possibilidade de tomada de decisões majoritárias pelas cortes ou de seu funcionamento como porta-vozes de consensos apenas temporariamente não admitidos por outras instâncias precisa ser também combinada à ideia de conflito como uma “condição normal de desenvolvimento do direito constitucional” (Post, Siegel, 2007, p. 374). Embora as cortes possam até não ser consideradas responsáveis por um tipo peculiar de *backlash* judicial, a interação entre movimento e contra-movimento sempre implica a possibilidade de contingência e instabilidade às decisões (Meyer, Staggenborg, 1996; Schacter, 2009).

Uma corte que se desenhe com a missão de ser garantidora de direitos fundamentais, mesmo que possa ser considerada também um fórum de princípios (Dworkin, 2000), não existe fora do político. Na medida em que possa ser uma instância de contestação à política majoritária, será também instável: novas compreensões constitucionais muitas vezes só são possíveis pela sustentação do conflito em enquadramentos que os tornem eventualmente compreensíveis para a cultura constitucional (Siegel, 2006). Essa é a própria condição de possibilidade da mobilização legal. Decidir ou não por inaugurar litígios que provoquem o tribunal a analisar determinada matéria, portanto, pode não ser o mesmo que inaugurar um conflito constitucional, o qual pode já estar posto por outras condições do debate político mesmo sem a participação do poder judiciário. Esse parece ser o caso do processo de constitucionalização da questão do aborto no Brasil, e compreendê-lo é um precedente

fundamental à análise sobre como as diferentes instituições são acionadas para o tema e o que se pode esperar de uma corte constitucional no arranjo institucional.

#### ANTECEDENTES: A CRIAÇÃO DE UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SOBRE ABORTO NO BRASIL

Muito embora a identificação dos embates constitucionais não ocorra apenas no que se convencionou chamar de momentos constitucionais (Ackerman, 1991), como os episódios históricos de elaboração de uma nova Constituição, a análise desses momentos fornece importantes elementos para compreender como essas disputas se organizam para construir uma demanda política como objeto de proteção fundamental. Em particular, no caso de países que passaram por transições democráticas e reformas constitucionais recentes, como diversos latino-americanos, inclusive o Brasil, a análise dos debates que foram travados, mesmo que não tenham resultado em texto, mostram antecedentes relevantes para como o debate político ainda se organiza hoje. Esse é o caso do debate sobre aborto no Brasil desde o processo constituinte que culminou na Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup>

É possível dizer que a Igreja Católica foi o primeiro ator social a tentar constitucionalizar o tema de maneira explícita. Em abril de 1986, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) aprovou declaração pastoral intitulada “Por uma nova ordem constitucional”, discutida e aprovada na 24ª Assembleia Geral da entidade. Importante ator social da resistência ao período ditatorial no país, a Igreja Católica anunciava nesse documento que não lhe cabia apresentar detalhes técnicos para a formulação da nova Constituição, mas como “membros da sociedade brasileira”, que “tem nesta mesma sociedade presença significativa”, consideravam que não podiam deixar de contribuir para “o grande debate

---

<sup>3</sup> É certo que a questão do aborto esteve presente em outros momentos anteriores da história política brasileira, aos quais não me remeto neste texto. Limitei meu recorrido nesta tese até a constituinte de 1988 pois importa à análise compreender especificamente como o tema foi enquadrado na inauguração da ordem constitucional vigente, perante a qual os debates contemporâneos se organizam.

nacional” em curso.<sup>4</sup> Seu empenho de contribuição para uma “sociedade justa e fraterna” se guiava, no entanto, por um critério bastante claro: “um esforço de explicitação das exigências cristãs de uma nova ordem constitucional” (CNBB, 1986, p. 5).

O documento explorava uma variedade de temas, de trabalho e reforma agrária a filhos fora do casamento, com críticas explícitas ao regime militar e a defesa de que, para “merecer a confiança do eleitor cristão”, o candidato constituinte deveria demonstrar “uma ética e uma prática social e política comprometidas concretamente com a luta pela justiça e pela causa dos marginalizados, empobrecidos e oprimidos”, porém “excluídas posições ideológicas incompatíveis com a fé cristã” (CNBB, 1986, p. 6). O compromisso das recomendações é abertamente confessional. Não é surpresa, então, que a lista de “exigências concretas” se inicie com o subtópico “promoção e defesa da vida”, descrita como “dom natural de Deus” e o aborto provocado condenado como “inaceitável”, ao lado do genocídio, suicídio, eutanásia, tortura e violências física, psicológica ou moral (CNBB, 1986, p. 21).

Longe de ficar restrita à orientação de voto dos cidadãos católicos, a declaração serviria de base para o trabalho de incidência da CNBB na assembleia constituinte, centrado, quanto a esse tema, na aprovação do texto de proteção à vida desde a concepção dentro do rol de direitos fundamentais (Barsted, 1992). A atuação política dos bispos brasileiros é compatível com a orientação do Vaticano no campo da sexualidade e da reprodução, que não se restringe a traçar as fronteiras de uma tradição e a orientar a sua comunidade religiosa, mas pretende incidir diretamente na política reprodutiva dos países, em âmbito nacional e internacional

---

<sup>4</sup> É importante ressaltar que houve mudança do papel da Igreja ao longo dos anos de ditadura, que variou desde o apoio quase unânime de sua cúpula ao golpe de 1964, passando pelo silêncio dos momentos iniciais, até a liderança ecumênica do projeto Brasil: Nunca Mais, iniciativa do Conselho Mundial de Igrejas e da Arquidiocese de São Paulo sob o comando de Dom Paulo Evaristo Arns, pastor James Wright e rabino Henry Sobel para revelar a gravidade das violações de direitos humanos perpetradas pelo regime, publicado em 1985 pela editora católica Vozes. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) do Governo Federal também revelou em 2014 importantes fissuras dessa história ao recuperar evidências sobre as dioceses e bispos que se mantiveram colaboracionistas durante o período. Apesar disso, importa para a compreensão do momento constituinte a análise da movimentação política da Igreja por meio de seu órgão de cúpula no país, a CNBB, e dos bispos de maior expressão pública, que de fato adotaram postura crítica ao governo militar especialmente a partir do endurecimento de 1968. Para ver mais, Brasil (2014).

(Vaggione, 2012). No campo internacional, essa estratégia já tinha sido tentada, por exemplo, no processo de elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos no final dos anos 1960, em que, após controvérsia entre propostas contrárias quanto a retirar ou não qualquer referência temporal do texto, aprovou-se a previsão de proteção à vida “em geral, desde a concepção” – uma saída intermediária para acomodar os países que já previam formas descriminalizadas de aborto, como defendido inclusive pela delegação brasileira à época (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1981).

De outro lado, o campo feminista tinha começado a se organizar publicamente em torno ao tema do aborto, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, na passagem das décadas de 1970 a 1980, diante da efervescência da possibilidade de abertura democrática (Barsted, 1992; Teles, 1999; Pinto, 2003; Pimentel, Villela, 2012). No ano de 1980, ainda durante a ditadura, portanto, houve, por exemplo, a publicação do livro de Carmen Barroso e Maria José Cunha, “O que é aborto?”, que passaria a ser uma referência para a organização das demandas no tema (Barsted, 1992). A palavra de ordem anunciada era “nossos corpos nos pertencem”, e já se conferia centralidade ao argumento da autonomia das mulheres para decisões reprodutivas, combinado à análise de se tratar de uma demanda de saúde, “para evitar a morte e graves lesões físicas que sofrem inúmeras mulheres que praticam o aborto clandestino” (Barroso, Cunha, 1980). Esse último enquadramento era capitaneado ainda por grupos de mulheres negras, como o Coletivo de Mulheres Negras de São Paulo e Geledés – Instituto da Mulher Negra, que foram cruciais na organização de seminários nacionais sobre o tema no final dos anos 1980 e inícios dos anos 1990.<sup>5</sup> A transformação em uma demanda

---

<sup>5</sup> Faz parte da demanda histórica de mulheres negras ressaltar a importância de incluir a categoria cor nos sistemas classificatórios populacionais, inclusive nos registros de saúde, para permitir a produção de dados estratificados e a formulação de políticas públicas específicas às necessidades de cada grupo racial (Oliveira, 1998; Werneck, 2016) – medida fundamental para compreender o real impacto da criminalização do aborto sobre distintas mulheres, por exemplo. Estudo multicêntrico realizado com mulheres internadas em situação de aborto ou pós-aborto em Salvador, Recife e São Luís em 2010 revelou que mulheres pretas e pardas relataram maiores barreiras individuais na busca de cuidados pós-aborto que mulheres brancas, mesmo após o ajuste de outras variáveis. Concluiu-se que a discriminação racial e o estigma do aborto podem atuar simultaneamente para retardar a ida das mulheres negras aos serviços de saúde e gerar maior agravamento de sua condição (Góes, Menezes, Almeida,

propriamente constitucional, no entanto, foi controversa como estratégia no período da transição democrática.

Em agosto de 1986, quatro meses após o encontro dos bispos, aconteceu em Brasília o Encontro Nacional da Mulher pela Constituinte, organizada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com a presença de centenas de mulheres representantes de grupos de todo o país (Teles, 1999; Pinto, 2003). A primeira proposta apresentada com relação ao aborto era de que sua previsão como um direito deveria constar como recomendação oficial do grupo à constituinte. Mas uma avaliação da correlação de forças já posta, a partir dos outros grupos já atuantes no cenário, especialmente a Igreja Católica, levou à conclusão de que tal proposta possivelmente não teria sucesso e o ideal, para evitar a derrota de uma previsão contrária conservadora, seria argumentar que aborto não deveria ser matéria constitucional (Pitanguy, 2010; Fanti, 2016).

Ainda assim, mantiveram-se na Carta das Mulheres previsões que sinalizavam os princípios defendidos pelo campo feminista no tema da reprodução: na seção sobre saúde, elencou-se que deveria ser “garantido à mulher o direito de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo” e, mais adiante, a necessidade de “garantia de livre opção pela maternidade, compreendendo-se tanto a assistência ao pré-natal, parto e pós-parto, como o direito de evitar ou interromper a gravidez sem prejuízo para a saúde da mulher” (Câmara dos Deputados, 1987, p. 2). Não havia nesse texto, no entanto, recomendações diretas sobre como isso deveria ser normatizado na Constituição.

Nota-se, assim, que a reconfiguração da proposta feminista não se tratou de uma mudança de posição para negar a demanda como pertencente ao campo dos direitos fundamentais, mas apenas de um cálculo das possibilidades de diálogo e convencimento dos

---

Araújo, Alves, Alves, Aquino, 2020). Estudo que revisou os dados oficiais do SUS sobre abortos inseguros e suas complicações entre 2006 e 2015 revelou que mulheres pretas e indígenas, das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e acometidas por outros fatores de vulnerabilidade foram as que mais morreram por aborto (Cardoso, Vieira, Saraceni, 2020).

demais atores políticos naquele momento. Em estratégias coordenadas, houve a apresentação de emenda com proposta explícita de descriminalização do aborto desde a Constituição por um conjunto de grupos feministas (Pinto, 2003)<sup>6</sup>, além de discussão, em uma comissão, de enunciados mais específicos sobre personalidade jurídica que previam, por exemplo, que “adquire-se a condição de sujeito de direito pelo nascimento com vida” ou que “a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebeu, é responsabilidade da mulher” (Barsted, 1992).

O cálculo feito pelas integrantes do CNDM era de que, dessa forma, a discussão não deixaria de ser feita nos termos por elas considerados mais corretos, mas a chance maior era que, diante de propostas opostas de feministas e representantes religiosos, a posição intermediária por elas sugerida sairia vencedora, o que de fato ocorreu (Pitanguy, 2010). É possível compreender que a não previsão de marco temporal para proteção do direito à vida foi uma vitória da decisão de mediação do campo feminista àquela altura, que não pode ser ignorada pelas pretensões de leituras originalistas do texto constitucional. Futuramente se argumentaria que a previsão, tal como posta, é compatível com a descriminalização do aborto.

#### HEGEMONIA E CONFLITO NA PRÁTICA CONSTITUCIONAL

Por esse breve resgate, é possível perceber que no Brasil, assim como em outros países aos quais demandas sobre aborto começaram a chegar às cortes supremas a partir dos anos 1970, como Alemanha, Estados Unidos, França ou Itália, o conflito não se tornou constitucional apenas porque ou quando levado ao judiciário, mas já havia se tornado inteligível como conflito constitucional antes disso porque articulado politicamente em termos de justiça e de

---

<sup>6</sup> A emenda 65 com tal proposta foi apresentada pelo Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, pelo Grupo de Saúde Nós Mulheres e pela União de Mulheres de São Paulo, com o suporte de mais de 33 mil assinaturas (Pinto, 2003).

organização dos princípios fundamentais da comunidade política (Siegel, 2014). Em outras palavras, pode-se dizer ainda que já se tratava de uma disputa de hegemonia sobre a compreensão jurídica do estatuto do humano e os sentidos da proteção a direitos fundamentais vinculados à reprodução biológica e social da vida.

A passagem da questão do aborto do debate constituinte aos tribunais talvez fosse só uma questão de tempo, em particular se o conflito não pudesse se expressar em toda a sua extensão em outras instâncias institucionais. Por isso, mais do que perguntar se as cortes são capazes de resolver conflitos de maneira estável ou de tomar decisões de modo a produzir as mudanças sociais pretendidas por quem litiga, talvez seja mais relevante perguntar se contribuem para a transformação do conflito de modo a permitir possibilidades de resistência à hegemonia e a inclusão de grupos previamente excluídos (Henderson, 2018). A ausência de conflito como meta para a jurisdição constitucional não parece ser resposta satisfatória para pensar o arranjo institucional, tampouco para informar a ação política da sociedade civil, já que o conflito é inerente não só à localização das cortes como parte da política institucional, como também ao ato de julgar (Honig, 1993). O direito constitucional não pode existir fora do agonismo do político.

Essa perspectiva é compatível com a proposta de análise política de Chantal Mouffe (2013), a qual afirma que pensar politicamente exige reconhecer a dimensão ontológica da negatividade radical, ou seja, o fato de que a pluralidade social é marcada pela possibilidade permanente e inescapável de embates antagônicos. Isso significa que não há uma objetividade moral ou política a ser alcançada dialeticamente, mas apenas permanente contingência e disputa pelo estabelecimento de novas hegemonias, e que, portanto, a busca por consensos perfeitamente harmoniosos que não impliquem em exclusões precisa ser abandonada. O objetivo central da teoria da democracia agonística, ou do pluralismo agonístico é, no entanto, partir dessa compreensão do político para propor como tarefa principal da política democrática

promover as instituições que permitam a composição dos conflitos de forma agonística, e não antagonica. O confronto agonístico é aquele em que os lados opostos se reconhecem mutuamente como adversários, e não como inimigos, e assumem que entre eles é possível a existência de um consenso conflituoso.

O debate sobre aborto é um daqueles que classicamente se identifica como tendente a antagonico, porque o modo como a questão foi modernamente enquadrada, em particular em sociedades de base judaico-cristãs, produziu dois polos virtualmente incomunicáveis entre a defesa confessional de sacralidade à concepção e o reconhecimento de direitos das mulheres para tomar decisões sobre o processo reprodutivo (Luker, 1984). Quanto maior a hegemonia religiosa em uma comunidade, mais desafiador se torna transformar esse debate de antagonico a agonístico. Na última constituinte brasileira, apesar da afirmação da laicidade do Estado e de uma série de direitos de igualdade, a hegemonia foi suficiente para barrar que previsões sobre saúde reprodutiva fossem inseridas diretamente no texto constitucional.<sup>7</sup> Embora a CNBB tampouco tenha conseguido aprovar sua previsão de proteção à vida desde a concepção, a forma como o texto se estabilizou permitiu a permanência da criminalização do aborto prevista desde o Código Penal de 1940 – salvo, até o momento, pela decisão de 2012 do Supremo Tribunal Federal, que considerou que a lei penal não se aplicava para as gestações acometidas por anencefalia.

---

<sup>7</sup> Exceção ao silêncio foi a previsão do direito ao planejamento familiar, estabelecido no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, sem, no entanto, focalizar-se como uma dimensão dos direitos das mulheres, enquadramento que já vinha sendo proposto internacionalmente pelo campo feminista, com relevante participação de feministas brasileiras (Corrêa, 1999; Pitanguy, 1999; Carneiro, 2003). Definiu-se o planejamento familiar como “livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Quanto à última parte, é relevante destacar a histórica mobilização de mulheres negras e mulheres com deficiência contra a esterilização cirúrgica cometida como medida eugênica de controle populacional (Damasco, Maio, Monteiro, 2012; Tilley, Walmsley, Earle, Atkinson, 2012). É significativo ainda o que se destacou como fundamentos desse direito no texto constitucional: os “princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”. O princípio da dignidade seria posteriormente central à organização constitucional da questão do aborto perante o Supremo Tribunal Federal, conforme será abordado no segundo capítulo desta tese.

É claro que isso não significa que em contextos semelhantes a política majoritária sempre falhe e não seja um caminho para mudança normativa de temas sensíveis de política reprodutiva, nos quais a hegemonia religiosa esteja implicada. Não há determinismo em política e as possibilidades de mobilização são múltiplas. O processo político de aprovação parcial da descriminalização do aborto na Argentina em 2018 e o iminente retorno da discussão em 2020, além da aprovação de lei acrescentando exceções à criminalização no Chile em 2017, a vitória do plebiscito na Irlanda em 2018 e da descriminalização até 12 semanas no estado de Oaxaca, no México em 2019, mostram como há e houve distintas formas de provocar o político.<sup>8</sup>

No entanto, se houver uma preocupação da teoria democrática, e da teoria constitucional em particular, em compreender e tematizar o exercício da hegemonia e compreender como os tribunais e os mecanismos de revisão constitucional podem se colocar diante dessa problemática, é preciso encontrar outro ângulo de análise que não os compreenda como instituições desviantes, mas como parte do político que podem ser acionados para o reforço ou para a contestação da hegemonia. A teoria agonística parece oferecer um bom ponto de partida para essa análise.

Tomando essa moldura teórica como plano de fundo, esta tese tem por objetivo oferecer uma análise da constitucionalização da questão do aborto no Brasil a partir de um marco de democracia agonística. O primeiro capítulo da tese se dedica a apresentar em maiores detalhes o percurso teórico para a possibilidade de um constitucionalismo agonístico, tendo como plano de fundo empírico as provocações levantadas pelo debate sobre aborto no Brasil. No segundo capítulo, faço uma análise da mobilização do conceito de dignidade da pessoa humana como vedação de submissão à tortura durante o percurso de tramitação e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sobre anencefalia. Identifico que o debate conduzido pela corte permitiu a contraposição agonística do constitucionalismo

---

<sup>8</sup> Para análises sobre a *marea verde* argentina de 2018, ver Elizalde e Mateo (2018) e Pis Diez (2019). Para uma revisão sobre a questão do aborto na Irlanda e o referendo de 2018, ver Field (2018).

católico com o constitucionalismo secular, e que a decisão final de procedência da ação foi tornada possível pelo estabelecimento de um humanismo secular como enquadramento hegemônico de leitura para os princípios em questão.

Por fim, no terceiro capítulo, examino o debate travado nas audiências públicas sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que demanda a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, ocorridas em 2018 no Supremo Tribunal Federal. A partir da análise das evidências apresentadas por expositores contrários e favoráveis à procedência da ação, identifico que esteve em curso um giro para localizar as mulheres no centro das perguntas relevantes para a questão do aborto de ambos lados, o que pode contribuir para que o embate se configure de forma mais agonística que antagonica. Embora todos os capítulos dialoguem, foram construídos como peças independentes, que podem ser analisados separadamente.

#### CONSIDERAÇÕES ÉTICAS

Interpretar é necessariamente produzir teoria, propor enunciados de conhecimento. É difícil haver uma interpretação que prescindia de quem a interpreta, já que o processo de apreender o real é sempre situado; opera recortes naquilo que se vê, condensa o que julga ser homogêneo e constitutivo na descrição sobre o objeto analisado e necessariamente exclui outras possibilidades de enunciação. Isso é uma decorrência do fato de não haver sentidos originais nas coisas a serem subsumidos pela razão, e de o conhecimento ser, antes, uma invenção humana que um dado da realidade (Foucault, 1997). O fato de que os processos interpretativos sejam, por isso, plurais e circulares não faz, entretanto, com que tudo seja possível. É preciso não ignorar que o real existe, e que impõe limites materiais ao que se pode apresentar como verdadeiro. Certamente isso não faz com que exista apenas uma descrição unitária dos fenômenos, mas, sim, que uma gama de proposições seja possível. O que dá estatuto de

confiabilidade e a possibilidade de contestação científica das diferentes propostas é a exposição das técnicas de verificação utilizadas.

Nesse sentido é que considero relevante refletir e expor sobre a posicionalidade específica a partir da qual meu estudo é produzido: ao mesmo tempo em que sou pesquisadora sobre questões constitucionais, sou uma advogada que atua no campo da mobilização legal em direitos sexuais e reprodutivos e que esteve diretamente envolvida na elaboração das duas ações hoje pendentes no Supremo Tribunal Federal referentes à questão do aborto, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581 (ADI 5581), proposta em 2016, que pede a reparação de uma constelação ampla de direitos violados pela epidemia do vírus zika, entre elas a proibição do acesso ao aborto em caso de sofrimento mental provocado pela infecção e seu risco de transmissão congênita, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que demanda a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Portanto, é evidente que, no campo de minha atuação profissional, reivindico não só a justiça da descriminalização do aborto como também o recurso às cortes como maneira de efetivar esse direito.

No entanto, sustento que a tomada de posição moral e política no tema não coloca em risco a confiabilidade de minha pesquisa. Como Donna Haraway, acredito que “objetividade feminista significa, simplesmente, saberes localizados” (1995, p. 18). Saber-se situada na leitura do mundo é condição necessária para o exercício de uma objetividade responsável no processo de fazer ciência. Tanto a postura relativista absoluta quanto a totalizante pretendem ocultar o fato de que sempre se está situado na produção de conhecimento. Afirmam não estar em lugar nenhum, estando ao mesmo tempo em toda parte. Ambas são propostas que dificultam a comunicação honesta sobre pressupostos e recortes epistemológicos (Haraway, 1995). É por isso que realização desta pesquisa pretende fugir às duas armadilhas, e pleiteia sua confiabilidade a partir da exposição clara de sua política de conhecimento. A metodologia utilizada para obtenção dos dados, a leitura dos arquivos selecionados – assim como a

perspectiva sobre o que é possível ler nesses arquivos – e a escritura do texto são assim balizadas pela consciência de pertencimento a um local de interpretação e enunciação.

CAPÍTULO PRIMEIRO – LEGITIMIDADE DE CORTES PARA DECISÃO SOBRE ABORTO EM UMA DEMOCRACIA AGONÍSTICA

A ministra Rosa Weber abrirá audiência pública no Supremo Tribunal Federal nesta sexta-feira (3) para discutir o delicado tema do aborto. Debates são sempre bem-vindos, ainda que por si sós incapazes de dirimir a questão.

[...]

Mais que uma questão penal, trata-se de um caso de saúde pública e, sim, dos direitos da gestante. Por tal motivo esta Folha defende que se descriminalize a interrupção da gravidez, em seus estágios iniciais, por decisão da mulher. Assim preconizam as leis em diversos países.

[...]

A defesa de tal ponto de vista não impede este jornal de assinalar que o tema do aborto está longe de suscitar consenso na sociedade brasileira. Sendo assim, seria recomendável submeter a consulta popular uma eventual ampliação das condições em que se possa realizá-lo legalmente.

O STF tampouco se afigura como via ideal para lograr a desejável providência. A questão envolve valores morais em conflito intenso, que não se resolverá à luz exclusiva de preceitos constitucionais.

Em jogo está a instituição de uma norma nova, mais que a interpretação das existentes. Tal atribuição é mais afeita ao Congresso, por menos que este se incline a cumpri-la (Folha de S. Paulo, 2018).

O direito à vida é o mais fundamental dos direitos e, por isso, mais do que qualquer outro, deve ser protegido. Ele é um direito intrínseco à condição humana e não uma concessão do Estado. Os poderes da república têm obrigação de garanti-lo e defendê-lo.

Não compete a nenhuma autoridade pública reconhecer seletivamente o direito à vida, assegurando-o a alguns e negando-o a outros. Essa discriminação é iníqua e excludente.

Então poderíamos nos perguntar: o que fazer?

Urge combater as causas do aborto, através da implementação e do aprimoramento de políticas públicas que atendam eficazmente as mulheres, nos campos da saúde, segurança, educação sexual, entre outros, especialmente nas localidades mais pobres do Brasil, e isto não é matéria para ser discutida nesta Suprema Corte e, sim, no Legislativo (Audiência STF, 2018).

Os trechos acima referem-se, respectivamente, a um editorial do jornal Folha de S. Paulo publicado na semana de início das audiências públicas destinadas a debater a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 (ADPF 442), sobre a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, e a um trecho da exposição da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) em uma dessas audiências, em agosto de 2018 no Supremo Tribunal Federal (STF). Situados em polos opostos quanto ao pedido principal da ação, o jornal e a entidade religiosa concordavam em dois pontos de fundo: reconheciam que havia direitos

fundamentais em questão, mas não consideravam que uma decisão deveria ser tomada pelo tribunal. A recusa ao controle de constitucionalidade se dá, no entanto, por razões distintas: a Folha faz um apelo à ideia de soberania popular e necessidade de um processo decisório majoritário, destacando, em primeiro lugar, a recomendação à realização de uma consulta pública, e em segundo, a possível atuação do Congresso Nacional, ainda que improvável. Já a CNBB rejeita de plano a possibilidade de uma autoridade secular decidir sobre o tema e, quando menciona o Congresso, apenas o faz de maneira acessória para apontar outras ações destinadas a prevenir gravidez não pretendida.

Embora com propostas distintas, e com visões também distintas sobre a democracia constitucional, a perspectiva do jornal e dos bispos de rejeitar mecanismos políticos contramajoritários pode acabar por convergir. A forma plebiscitária de se chegar a decisões políticas, muito invocada na América Latina como sinônimo de articulação direta da vontade popular, parece, por um lado, ser a legítima expressão da democracia por permitir ampla participação, mas é, na prática, negativa para o processo de contestação pública (Rovira Kaltwasser, 2014), uma vez que se expressa frequentemente apenas em termos de consentimento ou rejeição a uma proposta enquadrada pela hegemonia política.<sup>9</sup> Em sociedades mono-religiosas, como descrito por Nadia Urbinati (2014, p. 54) – aquelas que são dominadas por uma tradição religiosa majoritária e o pluralismo é uma previsão constitucional, mas pouco vivido na prática – é um desafio à democracia conter “a tentação monopolista das fés religiosas na esfera pública”. Nessas sociedades, onde Urbinati (2014) classifica a Itália e também

---

<sup>9</sup> Perguntar, por exemplo, se as pessoas são contra ou a favor do aborto como prática legal, como já foi proposto para plebiscito no Brasil, é distinto de perguntar se as pessoas são contra ou a favor de que mulheres sejam criminalizadas ou que tenham acesso a serviços de saúde negado, por exemplo. A primeira remete ao sentimento moral de aprovação privada da prática como adequada ou não, convergente com um enquadramento hegemônico cristão, enquanto a segunda refere-se aos efeitos práticos da política penal. Isso não quer dizer, no entanto, que plebiscito seja sempre uma forma inadequada de tomada de decisão em uma democracia, pois há situações em que processos complexos de reenquadramento e discussão política são colocados em prática antes da consulta pública, e esta, embora permaneça oferecendo opções simplistas de voto, não encerra todo o processo deliberativo. Sobre isso, importa ver a experiência da Irlanda frente a dois plebiscitos, o que autorizou o casamento igualitário em 2015 e o que retirou a proibição ao aborto da Constituição em 2018 (Field, 2018).

poderíamos incluir o Brasil, uma proposta considerada liberal por alguns, como uma consulta pública sobre tema moral controverso, se não for acompanhado de um processo deliberativo que garanta as condições de formação do pluralismo, pode transformar-se em antiliberal – ou populista.

Populismo, como apontam Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser (2017) é um controverso termo de batalha, quase nunca utilizado pelos próprios atores políticos para si, mas recorrente como denúncia a oponentes, e vago o suficiente para ser aplicável a uma variedade deles, em diferentes posições no espectro ideológico. Após revisão dos principais usos do termo por diferentes disciplinas acadêmicas e contextos geopolíticos, os autores propuseram um conceito que também é útil para essa análise: populismo é uma ideologia moldável que considera a sociedade a ser, em último nível, separada em dois campos homogêneos e antagônicos: o povo de verdade, e a elite corrupta – corrupção essa que pode ser econômica, política ou moral. Sendo moldável, o populismo necessariamente se acoplaria a outras ideologias de tipo forte para ser colocado em prática – ao fascismo, liberalismo, socialismo, ou, como aqui proponho, a uma ideologia religiosa –, mas em qualquer desses casos se caracterizaria por defender que a política deveria ser uma expressão da vontade geral do povo sem intermediários.

O desafio que o populismo impõe ao constitucionalismo não é simples, uma vez que é um questionamento político da sua própria pertinência no arranjo democrático. Acusações populistas religiosas recentes no Brasil têm variado entre a suposta imposição de “ideologia de gênero” pelo Supremo Tribunal Federal (Barbosa, 2019), de usurpação de competência do Congresso em temas que tocam interesses da bancada religiosa, como na criminalização da homofobia (Brígido, Ferreira, 2019) e em outras tensões entre os poderes que levaram até mesmo a uma proposta no Senado Federal da chamada CPI da Lava Toga, para “investigar o

ativismo judicial” (Passarelli, 2019).<sup>10</sup> Questioná-las como antidemocráticas ou antiliberais é uma armadilha, já que permite a resposta autorreferente desejada pelo populismo sobre as críticas serem, justamente, obstáculos impostos por uma elite contra a legítima vontade popular (Rovira Kaltwasser, 2013).

Esperar, como expressou a Folha de S. Paulo, que o pluralismo em temas morais sensíveis se estabeleça por virtude de um arranjo liberal de política deliberativa poderia ser, por outro lado, uma leitura equivocada das condições reais de existência do pluralismo em uma sociedade mono-religiosa. Sem pluralismo religioso ou com só uma ou duas religiões dominantes de características afins, falta à sociedade política um constrangimento efetivo para evitar o uso instrumental da esfera pública por cidadãos religiosos ou igrejas sem recorrer à repressão estatal (Urbinati, 2014). Esse desafio entre populismo e constitucionalismo é particularmente relevante para o tema do aborto, ao se considerar que uma das áreas mais recorrentes de embate entre secularismo e religião se refere ao “papel e impacto das religiões em opor, desacelerar, reverter ou circunscrever o alcance de plena igualdade para as mulheres” (Mancini, Rosenfeld, 2014, p. 19). Perguntar-se sobre a legitimidade de uma corte constitucional como o Supremo Tribunal Federal em decidir sobre o tema, portanto, necessariamente passa por levar esses elementos em consideração.

#### MOMENTO POPULISTA: DESAFIOS À RADICALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

Chantal Mouffe (2018) diria que estamos vivendo um momento populista.<sup>11</sup> Outros autores concordam que o momento também se traduz como uma crise da democracia

---

<sup>10</sup> É preciso reconhecer que há nessas críticas também interesses corporativos, vinculados à tentativa de barrar investigações de casos de corrupção ou à garantia de um espaço exclusivo de atuação política para os grupos que hoje compõem majoritariamente o legislativo, mas, na medida em que angariam apoio popular para a crítica à função do Supremo Tribunal Federal na democracia, como tem sido visto em protestos de rua contra os ministros (Veja, 2019), têm relevância para além disso.

<sup>11</sup> Em seu livro mais recente, Mouffe (2018) faz a ressalva de que se refere em particular ao contexto da Europa Ocidental em sua análise, mas, guardadas as devidas diferenças contextuais, pode-se dizer que é também um

constitucional (Ginzburg, Huq, 2018; Graber, Levinson, Tushnet, 2018; Castells, 2019). Há dúvidas se essa crise seria fruto de ciclos recorrentes da política ou se estaríamos passando por uma transição mais duradoura para outro momento histórico, distante do modelo de democracias liberais que haviam se estabilizado em boa parte do mundo na segunda metade do século XX — na América Latina, especialmente após o fim das ditaduras e governos autoritários dos anos 1960 a 1980 (Navia, Ríos-Figueroa, 2005). Distintas forças, mais ou menos presentes conforme o contexto regional ou local, ocupam seu lugar nesse processo de ascensão populista, como a reorganização de um extremismo nacionalista, vinculado a crises econômicas que levam à intensificação da desigualdade, conflitos relacionados à migração e ao fundamentalismo religioso.

Esse populismo, embora tenha características particulares onde se estabelece, se organiza de maneira geral em contraposição aos chamados compromissos cosmopolitas da democracia constitucional com o secularismo, a linguagem internacional de direitos humanos, as políticas de promoção de igualdade de minorias e a autoridade de cortes independentes para garantir a aplicação desses mesmos compromissos. A defesa desse tipo de projeto constitucional, em um contexto de turbulência econômica e política, é identificada como um dos elementos que leva a que setores da população o rechacem como um interesse exclusivo a uma elite liberal internacionalizada – o que fica particularmente claro na rejeição a políticas de igualdade de gênero e sexualidade, por exemplo, identificadas como conflitantes com valores comunitários ou religiosos hegemônicos (Graber, Levinson, Tushnet, 2018).

No Brasil, os elementos dessa crise combinam a recessão econômica, os escândalos de corrupção que levaram a uma intensificação da rejeição a partidos políticos tradicionais, e que nos últimos cinco anos modificaram também a dinâmica do judiciário brasileiro, inclusive do Supremo Tribunal Federal, com a Operação Lava Jato, e o cenário de ascensão de um novo

---

conceito preciso para descrever o momento político vivido no Brasil, já apontado por outras autoras, como Mendes e Benvindo (2019), Cunha e Machado (2019) e Diniz (2019).

populismo extremista e autoritário consubstanciado na eleição de Jair Bolsonaro em 2018 (Daly, 2019; Diniz, 2019; Freixo, Pinheiro-Machado, 2019). Identificar um novo capítulo da crise democrática no último processo eleitoral não significa dizer que o autoritarismo seja uma experiência nova na vida política brasileira – nem poderia, sendo este um país erguido sobre a naturalização da desigualdade, de um patriarcalismo colonial e racista (Werneck, 2009; Schwarcz, 2019) –, mas apenas que, do ponto de vista do debate institucional, têm-se apresentado novos desafios à estabilidade dos poderes, às dinâmicas da política representativa e ao constitucionalismo.

Teóricas da democracia agonística, como Chantal Mouffe (2000) e Bonnie Honig (2008), apontam que a emergência desse tipo de populismo conservador no mundo ocidental tem como contraponto não só os fracassos do neoliberalismo, mas um modelo forte de cosmopolitismo internacional representado pela constitucionalização das democracias liberais e a regulação transnacional de direitos humanos. Mouffe (2000) afirma que o sonho liberal do pluralismo sem antagonismo, fundado na crença racionalista da possibilidade de um consenso universal sobre questões morais baseado na razão, representadas principalmente pelas teorias de Jürgen Habermas (1997) e John Rawls (1999) teriam ignorado o conflito como elemento fundamental do político e levado não a um desaparecimento, mas a uma intensificação de relações antagônicas na política. Honig (1993, p. 15) completa essa avaliação explicando que o desconforto com o fechamento do espaço político a posições consideradas fora do consenso democrático – antiliberais, baseadas em uma moral comunitária ou religiosa, por exemplo – poderiam se transformar em ressentimento, que no fim retornariam “pela força ao espaço político de forma a assombrar e desestabilizar” esses mesmos consensos sobre os quais se acreditava basear a democracia.

As propostas de solução são variadas e se apresentam também na teoria constitucional. A identificação de um aparente caminho inescapável das democracias constitucionais à

juristocracia, nos termos de Ran Hirschl (2007), ou seja, a um modo judicial hegemônico de decidir questões políticas relevantes, levaram a propostas de contenção, como o minimalismo judicial de Cass Sunstein (2001) ou a outras teorias que partem da avaliação de Alexander Bickel (1986) sobre a dificuldade contramajoritária da revisão judicial e a tese de que as cortes são instituições desviantes da democracia para argumentar que o debate constitucional seria melhor feito fora delas, como, entre outros, o constitucionalismo popular de Mark Tushnet (2000) e a aposta na supremacia parlamentar de Jeremy Waldron (1999, 2006) – convergentes com a posição da Folha de S. Paulo para o aborto, por exemplo.

Embora essas teorias ofereçam propostas importantes sobre a possibilidade de pensar um constitucionalismo que não seja monopolizado por tribunais nem por elites jurídicas ou políticas e seja permeável às propostas de refundação permanentemente apresentadas por cidadãos, elas não se propõem a oferecer alternativas sobre como resistir a ameaças populistas com viés autoritário que pretendam colonizar esse constitucionalismo majoritário. Para Waldron (2006), por exemplo, esse é um risco inescapável que as instituições majoritárias poderiam de qualquer forma encarar de maneira mais legítima e possivelmente mais eficiente. Ainda que Mouffe (2018) possa apostar na potência do momento populista para permitir a construção inclusive de um populismo de esquerda, que se organize discursivamente em torno de pautas contra-hegemônicas contra oligarquias, Danny Michelsen (2019) avalia que a aposta pode não ser suficiente para permitir a abertura permanente à contestação, como é o objetivo da democracia agonística, se não houver mecanismos institucionais de aplicação.

O risco de não prever tais mecanismos fica evidente no debate sobre aborto no Brasil. A CNBB deixa claro em seu pronunciamento que rejeita não só uma possível decisão pelo STF, mas também a soberania secular para a proteção a direitos, uma vez que declara a questão do aborto como indisponível à ordem política e constitucional, e não reconhece autoridade às instituições do Estado para empreender a discussão. Não há surpresa com a declaração, já que

está em consonância com o posicionamento oficial da Igreja Católica sobre o tema. Mas a proposta provoca um conflito estrutural entre duas ordens existencialmente semelhantes, a religião e o constitucionalismo (Hirschl, Shachar, 2018). Ambas pretendem oferecer os parâmetros básicos da vida comum às pessoas que vivem sob seu domínio, e clamam autoridade final sobre conflitos morais de ordem normativa, cada qual remetendo à sua própria autoridade fundadora, deus ou a soberania popular, com seus respectivos textos canônicos e métodos interpretativos – mas formas bastante distintas de permitir a participação pública na construção de sentidos sobre a tradição.

Como identificam Ran Hirschl e Ayelet Shachar (2018), o constitucionalismo contemporâneo não ignora essa natureza compartilhada, e uma evidência disso é que, com exceção dos princípios organizadores das instituições que governam o Estado, o único outro tema que é substancialmente tratado por todas as Constituições modernas é a religião. Estabelecer seu âmbito de atuação apartado do poder secular foi um dos passos primordiais da instituição dos Estados modernos, mas, ao contrário do que pode ter previsto a teoria da secularização, as religiões no século XX, em particular a partir dos anos 1980, se desprivatizaram (Casanova, 1994). A sua presença cada vez mais evidente no espaço público e na disputa política é uma das características desse momento populista. A crise da democracia constitucional não se produz com um vácuo de ordem moral hegemônica, mas com a ocupação de um espaço crescente por narrativas iliberais nacionalistas e religiosas, que alimentam uma identificação de pertencimento particular em contraposição ao pertencimento a uma comunidade global – não é à toa que o slogan de campanha do atual presidente foi “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”.

Se o constitucionalismo enfrenta hoje fissuras por ataques ao que poderia ser criticado como uma missão imperialista de globalização cosmopolita, as religiões não ficam nada atrás, pelo contrário. Comunidades das religiões hegemônicas não só são transnacionais, como

assumem missão universalista levada adiante por uma rede de distintas instituições, representantes, recursos e, fortemente entre as religiões cristãs, também organizações da sociedade civil – além de suporte, explícito ou oculto, de Estados. Todos esses elementos colaboram para uma grande capacidade de mobilização política, com um trabalho expressivo de litígio em muitos casos (Hirschl, Shachar, 2018) – justamente para o desafio dos limites impostos pela ordem constitucional. Estão, portanto, mais próximos de constituírem uma oligarquia de discurso populista que propriamente os oprimidos (*underdogs*) a quem Mouffe (2018) direcionou a esperança de representarem o populismo que se organiza contra o poder.

Assim, é possível, ao mesmo tempo, reconhecer que o momento populista é um sinal importante da disfuncionalidade do neoliberalismo e suas consequências ao fechamento do político pela negação do conflito, sem ignorar que a reocupação populista do espaço público, em particular se guiada por uma hegemonia religiosa, não cumpre com a função agonística de reabrir o político se não colabora para instituir uma nova ordem pluralista, com extensão do princípio da igualdade a tantas relações sociais quanto possível (Mouffe, 2013). A radicalização democrática, entendida como a possibilidade de engajamento de múltiplos grupos nos embates agonísticos para a contínua redefinição de hegemonia talvez não possa ser realizada sem mecanismos contramajoritários. Como apontou Bonnie Honig (2009, p. 27), a ambiguidade desse momento populista talvez demonstre que “não podemos ter democracia com constitucionalismo, mas tampouco podemos ter democracia sem constitucionalismo”.

#### CONSTITUCIONALISMO AGONÍSTICO

Embora não estivesse pensando especificamente sobre os desafios impostos pelo populismo das religiões majoritárias ao constitucionalismo, Danny Michelsen (2019) propõe uma aplicação teórica das ideias da democracia agonística ao constitucionalismo, que reconheça a necessidade de relançar o político ao centro do debate constitucional, sem

enfraquecer os limites que esse mesmo constitucionalismo oferece para a possibilidade de proteção contramajoritária. A proposta de constitucionalismo agonístico tem como objetivo principal pensar os mecanismos que permitam conter ambas as tentativas de monopolizar a interpretação da Constituição: aquelas realizadas por maiorias populares ou mobilizadas exclusivamente por cortes constitucionais.

Isso seria feito, conforme sua sugestão, pela oferta de “incentivos institucionais para encorajar o judiciário a se engajar em um diálogo com a sociedade civil e o legislativo” e pela “proteção à abertura interpretativa dos significados da Constituição dos esforços de grupos políticos ou juízes de ancorar [nela] seus próprios valores morais ou programas econômicos” (Michelsen, 2019, p. 13). Ambas as dimensões da proposta remetem a um desenho institucional que permita permanente abertura à contestação de decisões consideradas provisórias, passível de ser iniciada pela maior diversidade possível de atores políticos, em que não se assuma previamente que um tipo de argumentação constitucional derrota automaticamente outro, tampouco se naturalize que o melhor processo de tomada de decisão democrática é majoritário e que a decisão por cortes é um desvio a ser contido ou minimizado.

O constitucionalismo agonístico se aproxima, assim, das diversas teorias do diálogo institucional (Fisher, 1988; Friedman, 1993; Bateup, 2006), que rejeitam a clássica disputa entre os modelos de supremacia judicial ou parlamentar e afirmam que, na prática, os tribunais não monopolizam, nem deveriam monopolizar, a interpretação constitucional, que deve ser e em geral é exercida por todos os poderes e pela sociedade civil, em maior ou menor grau. De acordo com essas análises, a existência de um mecanismo de controle de constitucionalidade realizada por cortes não implica necessariamente um modelo de supremacia judicial. Embora apresentem muitas variações internas – quanto a serem predominantemente descritivas ou normativas, ou ainda quanto ao que caracterizam como diálogo e sobre quais consideram ser os melhores

arranjos institucionais para promovê-lo<sup>12</sup> –, em geral essas teorias trabalham uma percepção temporal do processo político que assume a sua permanente e inevitável circularidade. Assim, entendem que ainda que cortes deem uma resposta final à norma questionada, a reentrada do tema no debate político por outros atores permanece possível e recorrente – seja por protestos populares à decisão da corte, pela proposta de uma nova lei com outra forma de apresentar a questão ou em novo momento político, por emenda à Constituição ou por reestruturação de nova política pública.

O constitucionalismo agonístico compartilha do mesmo diagnóstico empírico das teorias do diálogo sobre o que de fato acontece na dinâmica política de interação com os tribunais constitucionais, mas adiciona ênfase a outro elemento analítico: a contestação como elemento central ao constitucionalismo, e não como sinal de sua fragilidade ou fonte de desestabilização política necessariamente negativa. Assim, a tensão entre constitucionalismo e democracia poderia ser apresentada também de outra forma, como tensão entre populismo e contestação, mediada pela linguagem constitucional. Pode haver populismos autoritários contestados de forma democrática, ou contestações autoritárias que recebam resposta de um populismo democrático. Assim, permite-se que o que foi chamado por Barry Friedman (2001, 2002, 2005) de obsessão da academia constitucional, construída em torno à pressuposição de dificuldade contramajoritária dos tribunais e a rotatividade de críticas liberais ou conservadoras ao ativismo judicial (Balkin, 2019), se apresente como uma análise mais matizada sobre de que forma os distintos braços do poder se aproximam ou se afastam da opinião pública hegemônica, ou de distintos grupos de opinião influentes conforme os temas de decisão pública em questão, e sobre que condições ou razões de decidir lhes permitem decisões pontualmente contramajoritárias.

---

<sup>12</sup> Para ver mais sobre as teorias do diálogo institucional e propostas de classificação de seus modelos, Bateup (2006) e Mendes (2009a, 2009b, 2011).

Na medida em que um constitucionalismo agonístico, diferente em particular da proposta de disputa política agonística de Bonnie Honig (1993), não possa se constituir em torno ao adiamento indefinido do momento de decisão para que o embate do político seja sempre tão plural e aberto quanto possível, mas precise lidar com o fato de que uma resposta será dada eventualmente com força de lei, ainda que temporária, a esperança de contenção contramajoritária contra os populismos será sempre melancólica e eventual. Será, afinal, ainda uma disputa de hegemonias, mesmo que mediada por procedimento contramajoritário e pelo vocabulário constitucional, como não poderia deixar de ser qualquer disputa do político (Mouffe, 2000, 2013).

Louis Fisher (1988) apresenta essa ideia de outra maneira, sem mencionar o conceito de hegemonia, mas também colocando em questão o que se pode esperar da contribuição democrática de uma instituição não-majoritária: afirma que qualquer instância que consistentemente decidisse de forma contramajoritária teria dificuldades em manter sua relevância política sem adotar alguma forma de autoritarismo, uma vez que todas as instituições são testadas e desafiadas enquanto suas decisões não atingem um mínimo consenso, especialmente em questões moralmente controversas. No entanto, a possibilidade de contestação com o vocabulário da contramajoritariedade é parte do que permite a abertura do político para as eventuais fissuras de hegemonia.

Se esse é um parâmetro de avaliação da possibilidade de manutenção da vitalidade democrática, importa menos perguntar se os processos decisórios são tomados pelo executivo, legislativo ou judiciário, do que perguntar de que forma as demandas são construídas, quais grupos sociais podem provocar os diferentes braços do poder e quais razões de decidir são finalmente determinantes, o que também tem relação com quem pode ocupar de fato os locais de decisão. Esse foi o tipo de pesquisa realizada por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo (2014), ao analisar as ações de controle concentrado de constitucionalidade propostas

ao Supremo Tribunal Federal, quem são seus peticionários, de que tipo de demanda tratam e se são ou não deferidas.

A pesquisa demonstrou que há um acionamento corporativo do tribunal por elites institucionais ou profissionais que manejam a linguagem do jogo jurídico e são menos frequentes as ações que tratam de questões sensíveis de direitos fundamentais, as quais seriam um indicador importante da possibilidade de cumprimento da função constitucional do tribunal de proteção contramajoritária. Embora fundamental para o debate sobre desenho institucional, dinâmica política de acionamento das cortes e sua capacidade de decisão, a análise sobre o padrão populacional dos processos conta apenas uma história das possibilidades da mobilização legal – a história que confirma que as instituições em regra se movem em concerto com a hegemonia e as elites políticas em uma democracia liberal, e que o poder judiciário tem poucas razões para ser diferente.

Ao mesmo tempo, é possível reconhecer a singularidade dos casos que provocam de maneira particular o debate político para a disputa de hegemonia, ainda que não sejam os mais frequentes, mas que representam novas formas de interação da sociedade civil com o sistema de justiça, com apropriação da linguagem constitucional por diferentes grupos sociais. Exemplos de provocações de distintos ângulos sobre valores fundamentais à comunidade política, de perspectiva liberal ou conservadora, foram os julgamentos sobre pesquisa com células-tronco embrionárias, aborto em caso de anencefalia, união civil entre pessoas do mesmo sexo, cotas raciais em universidades ou demarcação de terras indígenas.<sup>13</sup> Todos esses são temas relacionados a algum aspecto do patriarcalismo colonial e, portanto, temas centrais para entender quem é o povo de quem se julga emanar o poder da democracia brasileira: os

---

<sup>13</sup> Referentes, respectivamente, às ações ADI 3510, decidida em 2010, ADPF 54, decidida em 2012, ADI 132/ADPF 4277, decidida em 2011, ADPF 186, decidida em 2012 e ADI 6062, protocolada em 2019 e ainda pendente de julgamento.

primeiros, temas que desafiam uma hegemonia da doutrina cristã, os últimos, a hegemonia da branquitude.

Esse processo de contestação constitucional se aprofundou no Brasil com a Constituição de 1988 e o então novo mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, com a ampliação do rol de legitimados a apresentarem casos, incluindo a possibilidade de acionamento por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Esse processo de transição democrática e reforma constitucional, que ocorreu de forma semelhante em outros países da América Latina desde os anos 1980 e provocou uma mudança de compreensão sobre o papel das cortes na região, permitiu o aprofundamento do campo do litígio estratégico e litígio de interesse público (Couso, 2006) abrindo os caminhos, de certa forma, para que grupos sub-representados na política majoritária provocassem seus próprios momentos constitucionais para temas específicos – que, por definição, não podem ser o dia a dia da justiça constitucional, mas só podem chegar a existir porque o mecanismo constitucional permite a contestação contramajoritária.<sup>14</sup>

O paradoxo constitutivo sobre como as contestações contramajoritárias podem chegar a existir é produtivo: só alcançam uma plataforma de resistibilidade à hegemonia (Honig, 1993) porque podem ser propostas por um mecanismo que não depende de representação majoritária, mas, uma vez que são alçadas à visibilidade política permitida por esse mesmo mecanismo, passarão a sofrer resistência por estarem sob a responsabilidade de decisão de um órgão não-majoritário, potencialmente contra o que se identifica naquele momento como a vontade popular. A resistência, ainda que possa ter por matriz alguma forma de populismo, é parte

---

<sup>14</sup> Bruce Ackerman (1991) provavelmente não seguiria essa aplicação do conceito de momento constitucional, porém me parece que pode ser uma forma produtiva de explicar o potencial contra-hegemônico desses casos, justamente por sua reivindicação de reconfiguração do conceito de povo pela inclusão de grupos anteriormente excluídos como produtores e destinatários de normas constitucionais.

saudável do que controla as cortes contra o monopólio da interpretação constitucional. Nessas condições, não basta que os tribunais possam chegar ao que Ronald Dworkin (2007) chamaria de resposta correta para o caso concreto. Para manter sua relevância política e ter condições de sucesso na implementação da decisão, precisam funcionar como permanentes catalisadoras de embates antagônicos em embates agonísticos.

Os distintos poderes alternadamente se aproximam e se distanciam da opinião popular, assim como interpretam e agem constantemente sobre o que consideram ser o projeto constitucional. Por isso, a interpretação constitucional extrajudicial é um fato, até mesmo encorajado pela separação de poderes, o que fica evidente quando legislativo e executivo, além da sociedade civil, entram em embate discursivo sobre qual deva ser a decisão da corte sobre um tema sensível, ou mesmo quando rejeitam sua legitimidade para decidir (Fisher, 1988; Pickerill, 2004; Whittington, 2009). Canalizar esse embate ao seu modo agonístico não significa permitir de imediato a possibilidade de um consenso, mas muitas vezes pode se traduzir em permitir o reenquadramento de conflitos que estão sub-representados na hegemonia política – como é o caso dos temas de política reprodutiva nas sociedades mono-religiosas – de modo a permitir a apreciação pública em toda a sua complexidade, com a linguagem constitucional a mediar as posições antagônicas com um mínimo de vocabulário comum.

Jeremy Waldron (2006) poderia argumentar que não há vantagem democrática a essa possibilidade de concessão de uma plataforma especial à minoria sub-representada, porque sua condição de minoria não é automaticamente um atestado de necessidade de reconhecimento, ou até mesmo o contrário: se não conseguiu garantir mínima visibilidade entre seus pares, é porque talvez seja uma minoria ilegítima, como nazista ou fascista, que não deva ser ouvida na democracia representativa, ou que deva buscar mais e melhores alianças com seus colaterais para alcançar algum poder de barganha em processos decisórios – o que demonstra a preferência do autor por um modelo de supremacia parlamentar. Para Waldron (2000, 2006), o

constitucionalismo talvez não seja muito mais do que uma expectativa moral de que os cidadãos se atenham a certos consensos básicos de liberdade e igualdade quando decidem politicamente.

O constitucionalismo agonístico, no entanto, se moveria por outra visão ideal de democracia constitucional: consideraria que qualquer minoria, mesmo a menos republicana, mais iliberal, comunitarista ou mesmo discriminatória deveria ter direito de provocar a totalidade da comunidade política sobre seus sentidos compartilhados, ainda que tenha perdido ou não tenha podido sequer apresentar suas propostas em instâncias de política majoritária. A possibilidade de que interpele os demais, mesmo com as perguntas consideradas abjetas ou inadmissíveis por alguns, seria, no entanto, necessariamente mediada pelo vocabulário constitucional, ou seja, pelo critério de precisar apresentar-se como uma versão da melhor interpretação possível do pacto político fundamental.

Essa possibilidade seria parte do que mantém a vitalidade do espaço público e a abertura da democracia à pluralidade, como um mecanismo de antídoto aos populismos – em particular àqueles que, se não pudessem oferecer sua narrativa de contestação por algum mecanismo, poderiam posteriormente retornar a provocar o político como populismos ressentidos e autoritários.<sup>15</sup> As perguntas abjetas podem ser, segundo diferentes critérios de avaliação, se políticas afirmativas reforçam, em vez de combater o racismo, se pesquisas com células-tronco devem ser proibidas por ofender uma ideia transcendente de vida ou se a criminalização do aborto viola os direitos das mulheres. Todas já foram ou estão sendo enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

---

<sup>15</sup> Não pretendo sugerir, com essa afirmação, que todos os populismos sejam necessariamente antidemocráticos, mas apenas que a possibilidade de que sejam contestados, ainda que a contestação é que se revele autoritária, permite a abertura permanente do político.

## CONSTITUCIONALISMO AGONÍSTICO PARA A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL

Christine Bateup (2006) identifica que uma das razões pelas quais muitas teorias descritivas do diálogo institucional fracassam em oferecer uma saída às objeções ao controle de constitucionalidade se dá por uma incapacidade de explicar satisfatoriamente qual é a contribuição especial das cortes ao diálogo constitucional que possa, ao mesmo tempo, esclarecer o valor normativo de manter essa possibilidade no desenho institucional, sem precisar afirmar que juízes necessariamente decidem melhor sobre temas de direitos fundamentais em comparação com outros atores políticos.

De uma perspectiva agonística, talvez essa armadilha possa ser contornada. Não é necessário aceitar a alegação de que o judiciário está mais bem equipado para interpretar direitos para reconhecer que, sem as cortes, é possível que o sistema de separação de poderes fosse menos capaz de observar a Constituição. Para que o constitucionalismo agonístico possa ser exercido de seu ponto ótimo, é preciso que todos os braços políticos do Estado de alguma maneira possam exercer poder constituinte derivado, de modo que nenhum deles o exerça sozinho, e que os cidadãos tenham o direito de iniciar propostas de reinterpretação constitucional a qualquer momento (Michelsen, 2019). Se todas as instâncias políticas fossem governadas pela lógica majoritária, as minorias estariam impedidas de fazer as suas propostas particulares de reinterpretação com chance real de consideração.

O papel das cortes talvez seja mais modesto do que de fato fazer frente a forças majoritárias no momento decisório: ao menos permitir que violações constitucionais ignoradas pelos outros poderes ganhem espaço de discussão e visibilidade pública (Whittington, 2009). No controle difuso de constitucionalidade isso é feito de forma possivelmente mais efetiva em termos de garantia da liberdade e igualdade de acesso (Carvalho Netto, 2003), ao passo que o controle concentrado tem maior possibilidade de impacto no debate político.

O controle concentrado, embora ainda permita a provocação constitucional de poucos atores legitimados no Brasil, tem por efeito secundário garantir que não sejam minorias eventuais aquelas que podem aceder a um mecanismo de revisão de normas com efeito vinculante, pois exige articulação sofisticada para a sua proposição – ao menos no que se refere à sociedade civil –, permitindo algum grau de representatividade aos grupos.<sup>16</sup> Devido ao tempo médio de tramitação das ações de controle concentrado, que oscilam em torno de 150 dias para uma decisão liminar, mas mais de seis anos entre a liminar e o mérito (Falcão, Hartmann, Chaves, 2014), é possível supor que, ainda que não seja mecanismo vetado às maiorias políticas, estas, justamente por serem maiorias, encontram mais incentivos para atuar por outras vias institucionais (Costa, Benvindo, 2014), o que poderia permitir uma atuação ao menos ligeiramente mais recorrente ou especializada das cortes em demandas de minorias, em comparação com os demais poderes.

Além disso, há temas que o campo político majoritário não toma para si, para os quais a hegemonia mono-religiosa pode ser uma das razões. Muito embora possa haver representantes eleitos que concordam ou mesmo que se elegeram com o apoio de cidadãos que demandam determinada pauta, pode ocorrer que os custos políticos de avançar o debate sejam considerados tão elevados ou prejudiciais a outras pautas correlatas ou ao apoio de outro conjunto de

---

<sup>16</sup> Douglas NeJaime (2012) analisa a questão sobre quem pode ou deve provocar a revisão judicial a partir do que chama de dilema da mobilização legal, observando particularmente o debate interno ao movimento LGBT nos Estados Unidos quando do início da judicialização da demanda do casamento igualitário. Os primeiros litígios para essa demanda foram conduzidos por um grupo de advogados gays ainda sem expressiva participação no movimento social. Mesmo que as ações tenham sido propostas nos estados, já que o mecanismo difuso é o único disponível nos Estados Unidos, o questionamento era constitucional com objetivo de chegar até a Suprema Corte. O protagonismo dessa organização foi criticado pelas demais como uma atuação solitária carente de estratégia coletiva, que teria provocado o *backlash* das diversas emendas constitucionais ou leis estaduais que buscaram definir o casamento como união exclusiva entre homem e mulher nos anos seguintes. No entanto, foi essa mesma iniciativa que permitiu, em 2015, que a Suprema Corte estadunidense pacificasse o entendimento de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo deveria ser reconhecido em todo o território nacional, tornando inválidas, portanto, as iniciativas discriminatórias anteriores. No Brasil, embora possa haver embates semelhantes dentro dos movimentos sociais sobre acionamento de estratégias com expressivo impacto político, o mecanismo atual de controle concentrado impede que sejam grupos tão insulares a propor ações de efeito vinculante. É possível, por outro lado, discutir se um modelo mais aberto à proposição individual de cidadãos, como o colombiano, seria mais benéfico a uma perspectiva de constitucionalismo agonístico.

eleitores, que esses parlamentares optem por omitir-se ou por transferir a responsabilidade de decisão a outras instâncias, como o judiciário (Pickerill, 2004; Hirschl, 2007). Esse é o caso de temas moralmente sensíveis como o aborto. Na experiência do legislativo brasileiro, já foi constatado que parlamentares favoráveis à descriminalização do aborto pronunciavam-se com menos frequência sobre o tema do que parlamentares contrários (Miguel, Biroli, Mariano, 2017), o que leva a um cenário de sub-representação ainda mais intensa do tema nas instâncias deliberativas.

Por outro lado, a linguagem de direitos que deve ser manejada pelas cortes favorece que um tema não precise ser apresentado em termos de preferências políticas, mas possa ser enquadrado em termos de justiça – sobre o certo a fazer em termos de proteção de direitos, ainda que seja impopular, e ainda que os próprios julgadores possam declarar discordar pessoalmente do resultado. Isso não significa que o tema seja despoliticado ao ser apresentado à corte, mas apenas que poderia ultrapassar um mecanismo de bloqueio derivado do funcionamento de instâncias representativas que dependem de processos eleitorais. É preciso admitir, de qualquer forma, que a decisão contramajoritária dependeria, ainda assim, da possibilidade de provocação do debate político – de antagônico para agonístico – para chegar a uma resolução de consenso conflituoso, nos termos de Mouffe (2013).

É assim que se pode entender também o constitucionalismo como um sustentáculo do secularismo, nos termos que utilizou Ran Hirschl (2017), mas não de modo a pretender isolar as religiões para fora do espaço público e, sim, para compreender o discurso religioso como parte do político, que conforma as compreensões das pessoas sobre os valores básicos da comunidade política, e por isso não pode estar ausente do debate constitucional, mas impõe desafios interpretativos mesmo quando os argumentos apresentados são formalmente laicos. O processo de secularização por que passaram, por exemplo, as narrativas católicas sobre direitos, com a transformação da graça divina em direitos naturais, não garantem que o debate resultante

seja necessariamente republicano, já que a mudança de vocabulário pode tornar seu fundamento no absoluto mais difícil de identificar, embora ainda presente e possivelmente discriminatório (Urbinati, 2014). Esse processo de secularização incompleta dos argumentos utilizados é particularmente relevante para compreender o debate constitucional sobre aborto no Brasil.

Existem análises prescritivas e normativas que pretendem narrar como um arranjo de desenho institucional deve se dar ou como tribunais devem decidir para que o diálogo institucional permita o balanço ótimo entre soberania popular e proteção a direitos fundamentais – o que, da perspectiva aqui adotada, pode ser entendida como uma das formas de compreender como as cortes devem se inserir no político. Em lugar de contribuir particularmente ou unicamente com uma perspectiva normativa sobre o debate, busco contribuir à discussão normativa com uma análise empírica sobre como a questão do aborto tem sido tratada no Brasil. Proponho que o processo de constitucionalização do tema tem colaborado para uma catalisação de embate antagônico em agonístico, a qual tem se dado em particular por um processo de reenquadramento das perguntas relevantes ao tema, de modo a propiciar o afastamento de um confronto entre valores morais inegociáveis e conduzi-lo à possibilidade de um consenso conflituoso. Os capítulos que se seguem exploram duas análises empíricas a respeito.

CAPÍTULO SEGUNDO – O GÊNERO DA DIGNIDADE: HUMANISMO SECULAR E PROIBIÇÃO DE TORTURA PARA A QUESTÃO DO ABORTO NA ADPF 54

Dignidade é um conceito reconhecidamente controverso na experiência constitucional transnacional (Siegel, 2012). A complexidade de seu significado fica particularmente evidente quando é utilizado para teses opostas em disputas morais e normativas em bioética, como sobre a questão do aborto. Uma das razões para a ambiguidade pode ser explicada a partir de uma definição oferecida por Jürgen Habermas (2010, p. 469): a dignidade humana seria o “portal, por meio do qual a substância igualitarista e universalista da moralidade é importada para a lei”. Apesar de ter uma substância normativa identificável no igualitarismo, não se confunde com o direito fundamental à igualdade nem nenhum outro. É um preceito de duas faces, uma objetiva e outra subjetiva.

Pela dimensão objetiva, não se traduz simplesmente como direito individual, pois representa, na realidade, um fundamento do pertencimento à comunidade humana, que está para além daquilo que titulariza o indivíduo, mas, por sua dimensão subjetiva, seria de reconhecimento devido a cada pessoa humana justamente por sua singularidade. Por isso, a concretude de seu significado só seria encontrada entre o comunitário e o individual a cada interpretação de violações de direitos, à qual Habermas (2010, p. 467) reconhece uma “função inventiva”. Nessa ambiguidade está a variedade do seu uso para a questão do aborto, por exemplo. O conceito é manejado na função inventiva de narrar uma violação de direitos à vida potencial, quando dá suporte à tese da criminalização, ou na de narrar a violação à dignidade da mulher que gesta, quando fundamenta a tese de injustiça da lei penal.

Por sua polissemia em sentidos inclusive opostos, alguns classificaram o conceito de arriscado ou inútil à interpretação constitucional ou bioética e afirmaram que, por outro lado,

poderia ser melhor substituído por outros conceitos mais assentados na história constitucional transnacional, como autonomia ou igualdade (Macklin, 2003; Moyn, 2014). Reva Siegel (2013, p. 527) partiu da mesma constatação empírica para encaminhar-se a outra conclusão: a abertura do conceito seria vantajosa por criar um vocabulário comum e “cultivar a comunidade, mesmo entre agonistas”. Debora Diniz (2017) identificou ainda que a abertura do conceito podia ser particularmente produtiva para enquadrar demandas de proteção aos direitos em contextos onde princípios liberais não têm particular ressonância, e identificou que esse podia ser o caso para a constitucionalização da questão do aborto na América Latina. De um ponto de vista pragmático com foco na atuação judicial, Christopher McCrudden (2008) afirmou que o principal benefício do conceito não era sua substância filosófica, mas, sim, sua capacidade de permitir às cortes a negociação de tensões morais diante do pluralismo de um mundo globalizado.

É possível dizer que esse processo de negociação está em curso na experiência de constitucionalização do direito ao aborto no mundo, em particular se tomarmos como parâmetro as duas cortes que foram ao mesmo tempo pioneiras e de maior impacto transnacional para o tema desde os anos 1970, a estadunidense e a alemã. Tendo iniciado o debate constitucional de maneiras bastante distintas – uma, a partir de casos concretos que demandavam a descriminalização, a outra, em controle abstrato para questionar uma lei despenalizadora; a primeira, decidindo pelo reconhecimento de um direito amplo ao aborto, e a segunda, inicialmente pela permanência da criminalização – ambas se encaminharam nos anos 1990 a um reconhecimento semelhante dos direitos em questão mediado pela ideia de dignidade.

Este capítulo parte de um breve resgate da jurisprudência inaugural desses dois países, em particular pela tentativa de compreender como o conceito de dignidade foi manejado por cada uma dessas tradições para a questão do aborto, para em seguida buscar analisar como o mesmo processo se deu no primeiro caso constitucional brasileiro sobre o tema, Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), sobre anencefalia, apresentada ao Supremo Tribunal Federal em 2004 e decidida em 2012.

#### A EXPERIÊNCIA TRANSNACIONAL: DIGNIDADE PARA A QUESTÃO DO ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS E NA ALEMANHA<sup>17</sup>

Nos Estados Unidos, dois casos paradigmáticos foram julgados em conjunto no ano de 1973: *Roe v. Wade*, que questionava a criminalização do aborto no estado do Texas; e *Doe v. Bolton*, apresentado contra uma lei da Geórgia (Estados Unidos, 1973a, 1973b). Nos dois casos, compreendeu-se que o direito fundamental em questão era o direito à privacidade das mulheres em suas decisões reprodutivas, derivado da proteção à liberdade garantida pela décima quarta emenda da Constituição do país. Dignidade não foi um preceito elencado para as decisões, como tampouco tinha centralidade para a tradição constitucional estadunidense, mas é possível compreender que uma noção inicial do conceito estava presente em subtexto.

As consequências da clandestinidade do aborto para a saúde das mulheres foram consideradas como parte do argumento da injustiça da criminalização, para além de ser descrita unicamente como uma violação de privacidade. Esse era um argumento já desenvolvido pelos movimentos de mulheres à época. Por outro lado, reconheceu-se também um interesse do Estado na proteção à vida potencial, que ficou assentado de forma gradual pelo parâmetro dos trimestres (Weitz, 2012). O marco dos trimestres propunha uma regulação da matéria que acompanhava o desenvolvimento da gestação, sob a perspectiva de que, quanto mais inicial o estágio de desenvolvimento, menor seria o interesse do Estado em protegê-lo contrariamente às decisões da mulher grávida.

---

<sup>17</sup> Parte da revisão das decisões sobre aborto nas cortes constitucionais de Estados Unidos e Alemanha dos anos 1970 e 1990 já foi apresentada anteriormente na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, da qual sou uma das advogadas.

Assim, no primeiro trimestre não caberia nenhuma interferência legal à decisão de uma mulher em seguir ou interromper a gestação; no segundo trimestre, o procedimento médico poderia ser regulado para proteger a saúde da mulher, mas não para limitar seu direito de escolha; e, no terceiro trimestre, próximo ao marco de viabilidade do feto com sobrevivência extrauterina, as leis estaduais poderiam, se assim quisessem, regular ou restringir o acesso ao aborto, exceto em caso de risco à vida ou à saúde da mulher. Mesmo sem referência explícita, as decisões dialogavam indiretamente com as demandas de proteção à dignidade da vida humana que circulavam entre movimento e contra movimento para a descriminalização do aborto nos anos 1970 (Siegel, 2012, 2013).

Em alinhamento ao que foi decidido em *Roe* e ao marco legal da então Alemanha Oriental, em que o aborto já era descriminalizado até 12 semanas desde 1972, foi aprovada em 1974, após intensa mobilização feminista, lei que autorizava a realização do aborto no primeiro trimestre na então Alemanha Ocidental, condicionada à realização de aconselhamento prévio ao procedimento, com o objetivo de apresentar alternativas e possivelmente dissuadir as mulheres de realizá-lo. A lei era o resultado de uma década de debates parlamentares que buscavam, ao mesmo tempo, reduzir a punição para aborto e não abandonar alguma proteção à vida potencial (Kommers, 2011). Imediatamente após sua promulgação, um questionamento de constitucionalidade foi levado à corte por grupo de parlamentares e governadores estaduais do partido democrata cristão e da união social cristã, mobilizados pela conferência dos bispos católicos alemães, sob o argumento de que a lei violava o princípio da dignidade humana como um valor objetivo da ordem constitucional do país.

Nesse caso, conhecido como Aborto I, de 1975, a corte declarou a lei inconstitucional, mas não por considerar que aborto deveria necessariamente ser objeto de lei penal, mas por afirmar que a lei então questionada não adotava medidas alternativas suficientes de valorização da vida, as quais a corte tampouco definiu (Dworkin, 2003). Decidiu-se que o dever do Estado

de proteger o direito à vida e à dignidade “proíbe não só ataques diretos do Estado à vida em desenvolvimento, mas também requer a proteção e a promoção do desenvolvimento dessa vida” (Alemanha, 1975). Ao mesmo tempo, a corte decidiu também que o aborto não sofreria punição se realizado para gravidez resultante de estupro, grave perigo à vida ou à saúde da mulher, grave malformação do feto e se houvesse razões sociais extremas que levassem a mulher a viver uma pressão extraordinariamente maior do que a normalmente vinculada à gestação. Em particular, a última exceção pode ser considerada um reconhecimento parcial da demanda de dignidade articulada pelo campo feminista. Mesmo após decidir pelo caráter inconstitucional da lei despenalizadora, a corte reconheceu ser necessário haver exceções à proibição geral do aborto, devido ao reconhecimento do direito das mulheres do que chamou de “livre desenvolvimento de sua personalidade” (Alemanha, 1975).

O tratado de unificação da Alemanha forçou o retorno da questão do aborto à corte constitucional – além de já ser legalizado na Alemanha Oriental, na região ocidental também crescia o apoio à mudança legal. Em 1992, houve aprovação de nova lei pelo parlamento unificado que autorizava o aborto até a 12ª semana de gestação, condicionada novamente a aconselhamento e a um período de espera de três dias entre a primeira consulta e o procedimento. Assim como em 1974, grupos cristãos recorreram à corte constitucional, dando início ao caso Aborto II (Alemanha, 1993). A decisão da corte, tomada em 1993, reafirmou a decisão anterior ao considerar que o aborto é uma prática indesejável e que as mulheres têm, por regra, o dever de prosseguir com a gestação, mas não deveriam ser punidas por abortos realizados no primeiro trimestre se o parlamento adotasse um esquema regulatório para proteger a vida potencial. Mais importante que isso foi ainda a compreensão do que significaria esse esquema regulatório: não só o oferecimento de aconselhamento compulsório, que poderia buscar convencer a mulher a não abortar desde que a abordagem não fosse intimidatória, mas também suporte público à maternidade, o que incluía garantias de que mulheres mães não

sofressem desvantagem no mercado de trabalho e tivessem acesso a outras medidas de assistência social focalizadas à maternidade e à infância (Kommers, 2011).

Embora a corte tenha declarado que revia a sua posição sobre a criminalização para privilegiar a defesa do aconselhamento e de suporte à maternidade por uma avaliação de que se tratava de medidas mais eficazes para proteger a vida potencial, a decisão de 1993 também refletiu uma mudança de avaliação sobre os direitos das mulheres diante da questão do aborto. Dignidade continuou sendo considerado um princípio fundamental para o caso, mas não deveria significar somente proteção à vida biológica e, sim, também reconhecimento das mulheres como agentes morais, capazes de tomar decisões relevantes sobre a reprodução (Siegel, 2013). Um ano antes, em 1992, a corte estadunidense também havia mudado o entendimento de *Roe* depois de crescente controvérsia sobre os reconhecimentos devidos às mulheres e à vida potencial. O caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* manteve a afirmação da existência de um direito constitucional ao aborto, mas substituiu o marco dos trimestres pelo parâmetro de proibição aos “obstáculos indevidos” (*undue burden*) (Estados Unidos, 1992).

O novo parâmetro foi estruturado por um comprometimento duplo com o conceito de dignidade (Siegel, 2008). Ao mesmo tempo, considerou-se que o Estado poderia ter interesse em regular o acesso ao aborto antes do marco de viabilidade, por um respeito à dignidade da vida humana, mas não poderia fazê-lo de forma a impor obstáculos ilegítimos que violassem a dignidade das mulheres. Além de ter mantido o entendimento central de *Roe* sobre o direito ao aborto como uma derivação do direito à privacidade, apenas com uma mudança do marco regulatório, *Casey* também invalidou uma das previsões da lei do estado da Pensilvânia, a qual exigia que as mulheres obtivessem consentimento de seus companheiros para a realização do aborto. Essa previsão foi considerada um obstáculo indevido, porque impunha uma forma de

autoridade dos homens sobre as mulheres que era incompatível com o reconhecimento constitucional da igualdade (Estados Unidos, 1992).

A partir da análise desses casos e outros que se referem à sexualidade, em particular sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, Reva Siegel (2012), identificou as três sobreposições mais comuns à interpretação do preceito da dignidade para resolução de controvérsias sobre direitos humanos: dignidade como autonomia, igualdade ou vida. Nesses casos, a ênfase em um tipo de sobreposição ou outra também estaria relacionada com diferentes compreensões sobre o lugar da sexualidade no desenvolvimento humano e, por isso, foi também objeto de intensas disputas de enquadramento entre movimentos sociais, partidos políticos e instituições religiosas. A referência ao conceito de dignidade para construir o conflito foi importante por “unir agonistas que, de outra maneira, agiriam a partir de crenças fundamentalmente diferentes sobre o papel do direito em regular a sexualidade” (Siegel, 2012, p. 356).

Nos últimos 40 anos desde esses primeiros marcos constitucionais sobre o aborto, diversas outras cortes do mundo enfrentaram o tema e também utilizaram o conceito de dignidade para chegar a uma decisão, como, por exemplo, França (1975), Canadá (1988), África do Sul (2004), Colômbia (2006), México (2008) e Portugal (2010). No Brasil, o primeiro caso constitucional sobre o tema, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), sobre anencefalia, também seguiu essa experiência transnacional de definição dos direitos fundamentais vinculados à sexualidade e à reprodução pela mediação do preceito da dignidade, porém de uma forma sutilmente nova em relação às sobreposições identificadas por Siegel (2012): sustentando a necessidade de compreender dignidade como o direito a viver livre de tortura.

## ADPF 54: O GÊNERO DA DIGNIDADE E DA TORTURA

Desde os anos 1990, em particular a partir da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento das Nações Unidas ocorrida no Cairo, Egito, em 1994, cresce no plano internacional o reconhecimento de que as consequências do aborto inseguro representam uma violação do direito à saúde das mulheres (Cook, 1995; Cook, Dickens, Fathalla, 2003). O Programa de Ação de Cairo, documento resultante da conferência, convocou os Estados a fortalecerem seu comprometimento com a saúde das mulheres, reconhecerem o aborto inseguro como um problema de saúde pública e buscarem reduzir suas taxas, em particular por meio da melhoria de serviços de saúde reprodutiva (UNFPA, 2014).<sup>18</sup> Em sequência a esse reconhecimento, diversos órgãos de monitoramento de tratados ou sistemas regionais de direitos humanos condenaram, nos últimos 25 anos, a persistência da criminalização do aborto para os casos de risco à vida ou à saúde da mulher, estupro ou incesto e graves malformações do feto, em geral invocando a proteção a vida, saúde, privacidade e não discriminação às mulheres como direitos relevantes para a resolução dos casos (Zampas, Gher, 2008; Zureick, 2015). O preceito da dignidade da pessoa humana não era comumente relacionado às recomendações.

Apesar disso, a ADPF 54, apresentada em 2004 ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, movimentou-se pelas bordas desse enquadramento internacional para basear a demanda de autorização da antecipação terapêutica do parto para os casos de anencefalia principalmente na proteção à dignidade das mulheres e

---

<sup>18</sup> O movimento de legitimação da saúde reprodutiva como um campo de ação política e de proteção de direitos humanos foi desenvolvido entre os anos 1980 e 1990 quase simultaneamente em instituições internacionais que se dedicavam ao tema do planejamento familiar, em particular a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o movimento de mulheres, com importantes diálogos entre feministas do norte e do sul global (Corrêa, Reichmann, 1994; Corrêa, 1999). O campo feminista brasileiro teve expressiva atuação nesses diálogos e, embora a hegemonia de um feminismo branco internacionalizado tenha sido visível nesses processos, a participação de mulheres negras foi fundamental para a inclusão da perspectiva antirracista nos debates sobre a reprodução, em particular para enfatizar que a liberdade reprodutiva é elemento crucial para enfrentar discursos discriminatórios de controle populacional (Carneiro, s/d).

na vedação de tortura (Brasil, 2004).<sup>19</sup> É possível compreender que a peça não partia de uma constatação clássica sobre o aborto como um problema de saúde pública, tese que já havia sido também incorporada politicamente pelo feminismo no Brasil (Barsted, 1992; Teles, 1999), porque a enquadrava como uma demanda distinta: uma vez que a interrupção da gestação não obstruiria as possibilidades de vida potencial, que já era impossível por razão da malformação, não era adequado sequer denominar o procedimento de saúde em questão como aborto.

A petição inicial recorreu inclusive a uma citação de Nelson Hungria dos anos 1950, em que discorria sobre uma situação de gravidez ectópica, como “um processo verdadeiramente mórbido” para o qual a interrupção não poderia caracterizar crime, pois “não está em jogo a vida de outro ser” (Brasil, 2004a, p. 21). A análise do penalista enquadrava a interrupção nesse caso como fato atípico. A anencefalia seria uma situação equivalente, para a qual se demandava uma resolução constitucional devido à sua não previsão pelo Código Penal de 1940 e à errônea interpretação análoga como crime, quando deveria ser tratada apenas como uma necessidade de saúde a ser remediada por procedimento médico. Dignidade seria um preceito central à resolução da falsa controvérsia porque a aproximação indevida da antecipação terapêutica do parto à questão do aborto implicaria em uma obrigação inconstitucional às mulheres de se manterem grávidas sem que isso fosse justificado pela proteção a nenhum outro direito. Essa violação poderia ser compreendida como tortura, por imposição de sofrimento mental injusto, pela qual o Estado poderia ser responsabilizado.

A descrição de uma violação de direitos no campo reprodutivo como tortura era ainda original em 2004. Embora a proibição de tortura e imposição de outros tratamentos cruéis,

---

<sup>19</sup> A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), representada por atuação *pro bono* do então advogado e hoje ministro Luís Roberto Barroso, porém a estratégia jurídica e de comunicação relacionada à sua propositura foi coordenada pela Anis – Instituto de Bioética, sob a liderança de Debora Diniz, que propôs a parceria de litígio para a CNTS, com suporte fundamental de Daniel Sarmento, à época Procurador-Regional da República no Rio de Janeiro, assim como de outros parceiros no decorrer da construção da estratégia, como o à época promotor e hoje desembargador no Distrito Federal Diaulas Ribeiro, a médica Dafne Horovitz, o especialista em medicina fetal Thomas Gollop e o penalista Alberto Silva Franco. Para mais detalhes sobre a construção do litígio, ver Diniz (2014) e Ruibal (2015b).

desumanos ou degradantes seja uma das obrigações mais bem estabelecidas no direito internacional, sua conceptualização foi construída para se referir primordialmente a abusos físicos ou psicológicos cometidos contra pessoas detidas, em contextos de interrogatório, intimidação ou castigo infligidos por um Estado contra indivíduos. Desde pelo menos o final dos anos 1980, existe uma crítica de que esse conceito prioriza experiências masculinas, deixando de lado situações de dor e sofrimento que são desproporcionalmente causadas a mulheres em outros contextos, mas o caminho para reconhecer os tipos de tortura marcada pelo gênero tem sido ainda gradual (Sifris, 2014).

Foi no início dos anos 1990, com os Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, que as primeiras decisões sobre uma forma particular de tortura cometida contra as mulheres foram tomadas no plano internacional, referentes aos crimes de estupro em massa, servidão sexual e gravidez forçada (Edwards, 2006). Considerou-se que essas foram guerras travadas “sobre e por meio do corpo das mulheres” (Niarchos, 1995, p. 651).<sup>20</sup> Até esse momento, no entanto, o conceito seguia próximo à interpretação tradicional vinculada ao campo da detenção e da guerra, ainda não estendido para o contexto de acesso à saúde, o que só aconteceria uma década depois.

O caso *K.L. v. Peru* havia sido apresentado pouco antes da ADPF 54, ao final de 2002, por organizações feministas internacionais ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, reclamando reconhecimento de tratamento cruel, desumano ou degradante do Estado peruano contra a adolescente K.L. por tê-la obrigado a seguir adiante com a gestação após diagnóstico de anencefalia e o desenvolvimento de um quadro de depressão, ainda que a lei do país permitisse a interrupção em caso de ameaça à vida ou à saúde da mulher (Human Rights

---

<sup>20</sup> Alguns anos antes, em 1986, o Relator Especial para Tortura das Nações Unidas havia descrito pela primeira vez que estupro poderia ser considerado uma forma de tortura em seu relatório (UN Doc. E/CN.4/1986/15, §119). Em 1992, enviou um pronunciamento à Comissão de Direitos Humanos também das Nações Unidas com a mesma manifestação (UN Doc. E/CN.4/1992/SR.21, §35), que foi apresentada na 21ª reunião da comissão, naquele ano. Os julgamentos de 1993 e 1994 sobre a antiga Iugoslávia e Ruanda foram, no entanto, as primeiras manifestações normativas nesse sentido.

Committee, 2005). Esse tipo de demanda se enquadra nos casos que primeiramente foram reconhecidos como violação procedimental do direito à saúde que pode ser considerada cruel: quando o direito já está previsto em lei, mas não é efetivado pelos serviços (Zureick, 2015). O caso seria decidido apenas um ano depois do ingresso do caso brasileiro, em 2005, com referência explícita à violação da proibição de tortura, a qual seria posteriormente citada na decisão de mérito de 2012 do STF.

Não há evidências de que o caso K.L. tenha-se tornado sequer conhecido no Brasil antes da apresentação da ADPF 54. É então significativo que o enquadramento de uma violação de direitos reprodutivos como tortura tenha partido autonomamente de dois países latino-americanos, marcados por forte hegemonia cristã. Em particular, a construção combinada na ADPF 54 da violação ao preceito da dignidade da pessoa humana por ocasião da tortura da gravidez imposta foi um enquadramento inesperado para a retórica de opositores, em particular católicos. O uso dos dois conceitos para reclamar proteção às mulheres provocou no julgamento um conflito agonístico entre a hegemonia de um constitucionalismo católico e a resistibilidade proposta por um constitucionalismo secular.<sup>21</sup> Ao final, chegou-se à estabilização de um consenso conflituoso com suporte interpretativo de um humanismo secular para o conceito de dignidade e a questão do aborto. As seções a seguir exploram como isso se deu em distintas fases do processo, entre 2004 e 2012.

---

<sup>21</sup> Utilizo o enquadramento de constitucionalismo católico proposto por Julieta Lemaitre (2014), que identifica uma tendência de juristas católicos a partir dos anos 1990 em substituir a referência explícita a escrituras ou magistério confessional em seus argumentos por um vocabulário legal da tradição do direito natural. A versão de direito natural apropriada por esses juristas para fazer frente aos direitos sexuais e reprodutivos tem como base, na doutrina católica, principalmente a encíclica *Evangelium Vitae* (João Paulo II, 1995), à qual farei referência à frente neste capítulo. Nomeio constitucionalismo secular o conjunto de argumentos que se contrapuseram à apropriação cristã de direitos fundamentais feitas no debate da ADPF 54, notadamente pela inclusão das experiências das mulheres ao processo interpretativo dos princípios em questão. Ao propor essa análise, não pretendo assumir que o binômio religioso x secular se organize em polos opostos e estáticos – até porque não é possível ignorar a base cristã do conceito de laicidade que manejamos (Zagrebelsky, 2014) – mas identifico que é relevante poder destrinchar de que maneiras o debate sobre o justo pode estar mais ou menos colonizado por lógicas confessionais que, ao fim, podem acabar por ser excludentes.

## DIGNIDADE PARA O CONSTITUCIONALISMO CATÓLICO

Ainda que a discussão na ADPF 54 dissesse respeito a uma lei penal, que não só expressa a proteção a um valor pretensamente compartilhado pela comunidade política, mas prevê uma atitude positiva do Estado em direcionar uma resposta de criminalização às pessoas que cometam determinada conduta contrária a essa proteção – portanto, com mobilização normativa e de recursos de investigação, condenação e cumprimento de pena – nenhum dos aspectos da resposta especificamente penal foi abordado pelos atores que defendiam a aplicação analógica do Código Penal para anencefalia, diferente do que já havia sido discutido em outros países, como a Alemanha dos anos 1990.<sup>22</sup> A recusa em entrar no tema penal é um reflexo da moral católica que historicamente tem-se colocado como crítica ao encarceramento como solução de temas sociais, mas não ousa estender a mesma avaliação para leis que incriminam aborto (Lemaitre, 2014). A condição fática da anencefalia tornava a punição penal ainda mais indefensável para o tema e exigia a discussão constitucional sobre qual seria a proteção de direitos fundamentais devida a cada fase de desenvolvimento humano. Em resposta ao enquadramento da demanda, os atores contrários à possibilidade de realização de antecipação terapêutica do parto exporiam a base confessional de seus argumentos.

Para isso, não foi necessário fazer referências explícitas à doutrina católica. O constitucionalismo católico contemporâneo se estrutura pela referência a uma suposta verdade moral objetiva, que não dependeria da fé para ser compartilhada, mas estaria também acessível aos não-féis unicamente pela razão, como em um resgate de noções de direito natural (George, 1999). Afirmações como a do ministro Cezar Peluso durante o julgamento de mérito, de que a “dignidade intrínseca [é] anterior ao próprio ordenamento jurídico” (Brasil, 2013, p. 391),

---

<sup>22</sup> Neste capítulo, analiso apenas os argumentos de ministros do Supremo Tribunal Federal e membros da Procuradoria-Geral da República que participaram do processo em qualquer uma de suas fases de 2004 a 2012. Argumentos apresentados nas audiências públicas de 2008 são considerados na medida em que foram citados por esses atores em seus votos ou manifestações. Para uma análise específica das audiências públicas da ADPF 54, ver Machado, Bracarense (2016).

compôs uma das principais estratégias utilizadas. A tentativa foi de argumentar pela sacralidade absoluta da fecundação, ao afirmar que o conceito de dignidade teria uma fonte de justificação externa à experiência humana, a qual não permitiria matização sobre as condições subjetivas em que é vivida – nesse caso, pela mulher grávida, por sua família ou comunidade.

Essa é uma afirmação possível no campo moral, porém, além de ser preciso reconhecer que tem justificativa transcendental, não totalmente compatível com o constitucionalismo secular, na prática não é de fato assumida pela maioria das pessoas que adota posições conservadoras sobre o tema, como já havia identificado Ronald Dworkin (2003) em análise da organização moral da questão do aborto nos Estados Unidos.<sup>23</sup> Esse também foi o caso do constitucionalismo católico presente na ADPF 54, do qual ministro Peluso pode ser identificado com um dos principais representantes: dedicou algumas páginas de seu voto a explicar a injustiça provocada por um estupro, após o qual não seria possível exigir da mulher “atitude heroica de, por peregrino amor da vida humana, condescender na continuidade da gestação” (Brasil, 2013, p. 410). Essa afirmação assume, portanto, que o compromisso de proteção à dignidade da vida tem ao menos alguma relação com a experiência subjetiva e temporal das pessoas. Se assim é, gera-se o ônus de argumentar em seguida que tipo de experiência humana deve ou não ser considerada como fundamental para a avaliação do Estado sobre o significado de dignidade – e da violação a ela.

---

<sup>23</sup> Uma crítica possível a essa avaliação seria dizer que a análise poderia estar correta no início dos anos 1990, quando Dworkin publicou a primeira edição de seu livro, mas alterou-se de forma expressiva tanto nos Estados Unidos como no Brasil desde então, já que os discursos extremistas que negam qualquer possibilidade de aborto legal passaram a ter presença mais explícita no debate político dos dois países. Embora o diagnóstico possa estar correto, é preciso considerar ainda uma dimensão performativa dos discursos extremos, que podem ser utilizados para acirrar o debate, mas não são articulados de forma a gerar mudanças normativas efetivas. Esse é o caso do Brasil, em que, apesar de a hegemonia conservadora no parlamento ser presente há anos, não se chegou a aprovar nenhuma medida de retrocesso ao aborto legal, o que pode em grande medida ser explicado pela existência de um crescente consenso em torno à injustiça da criminalização do aborto em caso de estupro.

*SOFRIMENTO DIGNIFICA*

Para orientação das ações humanas diante de situações sensíveis, seria possível recorrer à outra característica do constitucionalismo católico: o desdobramento da moral objetiva no formato de virtudes, as quais poderiam ser reconhecidas igualmente por meio da razão, e dotariam os seres humanos da capacidade de compreender e agir conforme os planos divinos (Lemaitre, 2012). Se a dignidade humana pode ser um princípio útil à resolução de casos difíceis com relação à reprodução e sua definição tem ao menos alguma relação com o direito de não sofrer injustamente, como no caso de um estupro, as mulheres precisam ser trazidas ao debate também pelos opositores à procedência da ação, mas o serão, por eles, segundo uma moral ainda confessional.

O Procurador-Geral da República Claudio Fonteles se perguntou em seu parecer logo após a propositura da ação, se “a dor temporal da gestante é causa bastante a obscurecer, e então relativizar, a compreensão jurídica do direito à vida” (Brasil, 2004b, p. 11). O uso do adjetivo temporal para qualificar a dor da mulher que gesta chama atenção: pode significar que é secular, desprovida do sublime da vida biológica, e contida no tempo, temporária. Para enfatizar a ausência de universalidade do sofrimento, o procurador argumentou ainda que não são todas as mulheres que, por sua dor, “almejam livrar-se do ser humano que existe em seus ventres maternos”. Além dessas, haveria aquelas que “se experimentam a dor, superam-na, e acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível” (Brasil, 2004b, p. 11).

O objetivo dessa afirmação não era apenas descrever a diversidade da experiência das mulheres, mas sugerir que a superação da dor é a virtude que deveria ser imbricada na norma. A proposta é exatamente o que sugere a encíclica *Evangelium Vitae*, “Sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana”, publicada pelo Papa João Paulo II em 1995, um ano após a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento, que reconheceu pela primeira vez no plano internacional os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. A encíclica

critica especificamente políticas de planejamento familiar e legislação protetiva de acesso ao aborto ou à eutanásia, ao identificar que haveria:

uma atmosfera cultural que não vê qualquer significado nem valor no sofrimento, antes considera-o como mal por excelência, que se há de eliminar a todo custo; isto verifica-se especialmente quando não se possui uma visão religiosa que ajude a decifrar positivamente o mistério da dor (João Paulo II, 1995, p. 12).

O objetivo de superar o sofrimento é, portanto, um instrumento de ligação com o divino.

Ministro Peluso deixou a correlação com o magistério católico ainda mais evidente, desde a sua manifestação para a suspensão da liminar concedida monocraticamente por ministro Marco Aurélio, relator do caso, em 2004. Peluso afirmou que “o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana” e acusou a mulher que busca interromper a gestação de adotar “atitude individualista e egocêntrica” (Brasil, 2013, p. 405).<sup>24</sup> A manifestação do ministro expressava que, uma vez que o “caráter sagrado e inviolável” da vida refletiria “a própria inviolabilidade do Criador” (João Paulo II, 1995, p. 44-45), sua relativização seria inadmissível e, para afastar as razões que uma mulher possa ter sobre quão insuportável é seu sofrimento, foi preciso falseá-las de frívolas, chamando-as “primitivas” e decorrentes de “mero prazer”, nas palavras do ministro, incomparáveis com a seriedade e a autoridade da criação. É possível supor que um dos elementos a diferenciar o estupro de outras situações de sofrimento das mulheres diante de um processo reprodutivo não pretendido seria justamente o seu caráter de ofensa a outras entidades acolhidas pela moral cristã – em particular, à família e ao casamento, uma vez que a fecundação não deixa de ser um fato em ambas as situações.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Debora Diniz e Ana Cristina González Vélez (2007, p. 22) analisaram em profundidade o voto do ministro Cezar Peluso por ocasião da suspensão da liminar da ADPF 54, o qual argumentaram que “expõe a fragilidade da razão pública em temas de direitos reprodutivos, em especial sobre aborto” no Brasil.

<sup>25</sup> É certo que a Igreja Católica, oficialmente, mantém sua objeção ao aborto em qualquer situação, inclusive de estupro. No entanto, mais que analisar os detalhes da doutrina católica para o tema, importa a essa análise verificar como foi traduzida dentro do processo, inclusive de forma que pudesse ser compatível com o destaque do horror

O sofrimento que dignifica, portanto, tem gênero. A recusa em submeter-se a ele foi renomeada de “ansiedade, voltada para si mesma”, que seria “exaltada” na proposta da ação, “em detrimento do afeto da piedade, da compaixão, da doação e da abnegação”, nos termos de ministro Peluso (Brasil, 2013, p. 406). As palavras de Papa João Paulo II na encíclica ajudam a compreender o quadro do argumento afirma que:

a mulher percebe e ensina que as relações humanas são autênticas quando se abrem ao acolhimento da outra pessoa, reconhecida e amada pela dignidade que lhe advém do facto mesmo de ser pessoa [...]. Este é o contributo fundamental que a Igreja e a humanidade esperam das mulheres (João Paulo II, 1995, p. 81).

Para o constitucionalismo católico na ADPF 54, “o fato mesmo de ser pessoa” deveria ser reconhecido ao desenvolvimento biológico de um embrião ou feto inviável. Às mulheres não bastaria existir: seria preciso sofrer em reverência abnegada à sacralidade da fecundação para que se dignificasse sua vida humana.

#### *DIGNIDADE COMO SACRIFÍCIO*

O segundo argumento desenvolvido pelos contrários à procedência da ação era também um desdobramento do argumento de virtude: a tese de que as gestações de fetos anencéfalos deveriam ser mantidas até o fim para permitir a doação de órgãos. “Morte prematura [de anencéfalos] frustrará a vida de outros bebês”, afirmou Claudio Fonteles no parecer da Procuradoria-Geral da República (Brasil, 2004b, p. 12). Orientações compulsórias sobre como as pessoas devem lidar com a própria saúde não são aceitas como legítimas sob a justificativa de que, se não o fizerem, frustrarão a possibilidade futura de vida de outra pessoa. É para a gestação, e como uma orientação específica a mulheres grávidas, que o argumento se torna possível como desdobramento lógico de que a sua compreensão como sujeitos é mediada

---

do estupro como um sofrimento ontologicamente distinto de outros, capaz de afastar o que de outra forma seria uma proteção absoluta à fecundação.

pelo critério de virtude de viver em sacrifício. Para Mary Ann Glendon (2005), a relacionalidade é um aspecto fundamental de como dignidade media o conceito de pessoa para a moral cristã; mas, conforme a tese dos contrários à procedência ADPF 54, essa relacionalidade não seria verificada em face da mulher e de seu contexto, seus familiares e outras possíveis relações de dependência, mas exclusivamente da mulher em face da fecundação.

Para Fonteles, há um horizonte normativo missionário na imposição compulsória da solidariedade das mulheres para doação de órgãos: afirmou em seu parecer que “o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida” (Brasil, 2004b, p. 12). O procurador buscou fundar sua argumentação na alegação de que a solidariedade é um dos objetivos da República previstos no artigo 1º da Constituição Federal, mas é possível identificar que a origem de seu vocabulário e tese era outra. O termo cultura da vida foi inaugurado no magistério cristão pela *Evangelium Vitae*, em que o conceito é oposto a “cultura da morte”, que seria “a própria estrutura de pecado, caracterizada pela imposição de uma cultura anti-solidária” (João Paulo II, 1995, p. 10), baseada em uma “mentalidade contraceptiva” (João Paulo II, 1995, p. 11). A solidariedade é compreendida como colocar-se a “pleno acolhimento e serviço do outro” (João Paulo II, 1995, p. 16), em que esse outro é sagrado “porque, desde a sua origem, supõe a ação criadora de Deus” (João Paulo II, 1995, p. 44). Para esse enquadramento, a importância da solidariedade, como reconhecimento da dignidade do outro, é fundada em reconhecer a autoridade criadora que lhe dá sentido.

O argumento da doação de órgãos não é sem polêmica para essa tradição, uma vez que exige o reconhecimento da morte encefálica como critério para autorização de transplante, possibilitada pela manutenção artificial de funções vitais mecânicas de alguém que ainda assim será declarado morto. Ministro Peluso entrou no debate para afirmar que a definição de morte como sinônimo de interrupção de atividade encefálica era apenas operacional, porque “dirigida,

pragmatically, a garantir aproveitabilidade de órgãos” (Brasil, 2013, p. 381), e não definidora do que significa a cessação da vida. No julgamento da liminar da ação, o ministro já havia descrito que a situação de transplante era tal que “se sacrificam certos órgãos de alguém que teve o que a lei e os cientistas chamam de ‘morte encefálica’, mas para salvar a vida alheia” (Brasil, 2005, p. 74). O conceito não seria derivado de uma constatação de cessação de atividade vital, mas seria função do sacrifício.

O embate é, novamente, mais religioso que prático, com vistas a contornar a contradição de que o magistério católico considere como “o auge da verdade cristã acerca da vida” o fato de que “a dignidade desta não está ligada apenas às suas origens, à sua proveniência de Deus, mas também ao seu fim, ao seu destino de comunhão com Deus no conhecimento e no amor d’Ele” (João Paulo II, 1995, p. 32). Assim, a um feto sem atividade encefálica, apenas seria concedida a compreensão de que não está vivo, como criatura divina, se chegasse ao ponto de poder ser posto à função de outros, ainda que para isso fosse preciso obrigar, sob ameaça penal, uma mulher a manter-se grávida.

#### DIGNIDADE PARA O CONSTITUCIONALISMO SECULAR

##### *DIGNIDADE DA MULHER, INTERESSES DA SOCIEDADE*

Embora a petição inicial da ADPF 54 não tenha identificado laicidade como um dos princípios centrais à demanda, e esse tenha sido considerado um enquadramento apenas secundário para os participantes das audiências públicas da ação realizadas em 2008 (Machado, Bracarense, 2016), o relator do caso, ministro Marco Aurélio Melo, iniciou seu voto de mérito de 2012 por uma longa explanação sobre o significado da laicidade do Estado no Brasil. Esse enquadramento, que seria seguido pelos outros sete ministros que compuseram a maioria, foi central às possibilidades argumentativas que se seguiram.

Apesar da análise que proponho, nenhum dos atores do processo reivindicou a sua posição como fundamentalmente confessional. As objeções foram apresentadas como jurídicas e, em particular nas audiências públicas, posteriormente referidas pelos ministros em seus votos, revestidas de caráter científico.<sup>26</sup> No entanto, o que estava de fato de fundo a essas perguntas era um enquadramento propriamente cristão do tema, que definia o questionamento relevante a ser feito ao pressupor que há algo de sublime no movimento criador da vida, que se sobreporia em importância e centralidade a qualquer desenvolvimento posterior da existência humana e, portanto, seria suficiente para gerar o ônus de proteção moral e jurídica sem a análise de variáveis dependentes.

A organização do voto do ministro relator contribuiu para desnaturalizar a narrativa confessional e descrever se tratar, na realidade, de um confronto entre

de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência (Brasil, 2013, p. 33).

Da dignidade conferida pela autoridade da criação, o ministro deslocou o conceito para a dignidade da existência, contraposta ao que seriam interesses morais legítimos, porém não classificados como demandas de proteção à dignidade titularizada por outro ser.

No voto, o tópico dedicado ao direito à vida foi apenas o quarto, após as longas considerações sobre laicidade e o que se sabia sobre o diagnóstico de anencefalia. A ordem da construção argumentativa importa, pois sinaliza que não há uma pergunta primordial a ser feita sobre a proteção à fecundação como sinônimo de proteção à vida. Essa construção gerou um precedente fundamental para o enquadramento constitucional da questão do aborto para além da anencefalia, e não apenas porque permitiu uma nova exceção à criminalização e, assim,

---

<sup>26</sup> Discutiu-se muito nas audiências públicas, por exemplo, o marco inicial de proteção à vida conforme dúvidas sobre neurociência e a precisão do diagnóstico de anencefalia, ou com regressões ao momento da concepção como o único que poderia ser identificado como o início de uma forma singularizada de vida humana, sem supostamente incorrer em risco de discriminação.

fragilizou o uso do direito penal para a matéria, mas porque provocou uma releitura secular dos direitos em questão na corte. Esse reenquadramento foi o que permitiu a rejeição rápida à demanda de solidariedade compulsória de doação de órgãos, “sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade” (Brasil, 2013, p. 52), por exemplo. Isso não seria possível se o conceito de vida não tivesse sido deslocado, pelo atravessamento do conceito de dignidade, à possibilidade de proteger a vida vivida com maior relevância que a sacralidade da concepção.

Outras análises resumiram esse argumento na afirmação de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a proteção do direito à vida não é absoluta (Machado, Cook, 2018), o que é uma análise correta e foi precisamente a conclusão normativa do caso, a qual tinha como precedente imediato o julgamento de 2008 da ADI 3510, sobre pesquisas com células-tronco embrionárias. No entanto, parece importante também ressaltar o giro conceitual e moral que tornou essa conclusão possível, a qual talvez tenha uma composição sutilmente distinta: de fato houve um esforço argumentativo de diversos ministros para apresentar o direito à vida como não sendo absoluto, mas a conclusão do processo não foi negativa ou restritiva. Foi, pelo contrário, afirmativa, de que haveria formas mais integrais e justas de proteger a vida se a entendermos como proteção à vida digna.

O voto da ministra Cármen Lucia no julgamento de mérito foi particularmente claro nesse sentido, desde a abertura de seu pronunciamento oral, em que afirmou que, no processo de construção do julgamento,

todos preocupam-se com o direito à vida, quem é contra a interrupção da gravidez, quem é a favor, quem se pronunciou na audiência pública, de uma forma ou de outra; não há ninguém que tenha qualquer outra preocupação que não seja rigorosamente a vida e a dignidade da vida, com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida, o que reflete, a meu ver, um momento democrático brasileiro, um momento de pluralidade (Brasil, 2013, p. 172).

A ministra ressaltou que, assim como o relator do caso, construiu seu voto especialmente em torno ao princípio da dignidade da pessoa humana, e mencionou brevemente

a concepção cristã de relacionalidade da vida, ressaltando o caráter não individualista da dignidade, porque “extrapola a pessoa”, “estamos falando de uma relação entre seres” (Brasil, 2013, p. 174). Apesar de não ter desenvolvido esse ponto, é possível concluir pelos desdobramentos de seu voto que, mesmo partindo de uma matriz cristã, a ministra propunha uma análise de direito à vida digna relacional porque vinculado à reprodução não só biológica, como social da vida humana. Isso não significou retomar a centralidade do que ministro Marco Aurélio chamou de interesses da sociedade para a discussão, mas localizar a gravidade das decisões de uma mulher em seu contexto, fora do qual não é possível compreender o que seja vida digna. Sutilmente sugeriu-se que a análise focada exclusivamente no embrião ou feto é que seria inadequadamente individualista.

A proposta da ministra foi precisamente de superação de uma perspectiva individual ou abstrata da questão, que não permitiria vê-la em toda a sua complexidade:

[...] por isso mesmo, acho que, quando falamos em dignidade, estamos falando de todos: do feto, da mulher, do pai, do que seria o irmãozinho mais velho, que fica olhando – como uma das cartas que nos chegaram, contava que o filho pergunta todo dia quanto tempo levará para ele brincar, sabendo a mulher que esse irmão nunca vai brincar com o que está para chegar; que ele não vai poder jogar bolinha de gude porque não vai ter essa possibilidade. *Essa realidade toda precisa ser posta constitucionalmente no centro da discussão* (Brasil, 2013, p. 175, grifos meus).

É possível dizer que de fato o foi, na construção do conceito de vida digna lido a partir de um humanismo secular.

#### *SOFRIMENTO MENTAL COMO TORTURA, HUMANISMO SECULAR PARA MATERNIDADE DIGNA*

Os ministros da posição majoritária consideraram com maior centralidade para a conclusão sobre o que é vida digna os relatos de sofrimento das mulheres grávidas ou famílias confrontadas com o diagnóstico de anencefalia que os argumentos do constitucionalismo católico sobre a possibilidade de chegar ao conhecimento sobre o absoluto da vida por meio da

razão. Em vez de levar à compreensão, também cristã, de que o “inevitável sofrimento da vida”, como chegou a ser nomeado no julgamento, deve ser encarado com a resignação da obediência aos desígnios do absoluto, vinculados, ainda que não explicitamente, a uma promessa de vida eterna, a escuta às mulheres provocou o reconhecimento de uma injustiça que deveria ser remediada socialmente. Para ministra Cármen Lucia: “não se há de negar compaixão, porque seria injustiça, menos ainda o direito, porque seria antijurídico, à mulher que, trazendo um pequeno caixão no que é o seu berço físico, vai às portas do Judiciário a suplicar pela sua vida” (Brasil, 2013, p. 217). Assim sinalizou-se que o trágico particular enfrentado por mulheres e famílias não deveria ser relegado à esfera individual da salvação, mas à corresponsabilidade da justiça.

Não há elementos para afirmar como os ministros da posição majoritária chegaram, individualmente, a concluir pela procedência da ação e se algum deles mudou de posição ao longo do processo. Mas é possível, por outro lado, compreender seus votos como arquivo de um tempo e buscar entender o que os tornou possíveis em um país que tardou quase oito anos para permitir a finalização do caso, e em que posições como de Claudio Fonteles ou Cezar Peluso tinham razoável ressonância pública, ecoadas em particular pela própria Igreja Católica.<sup>27</sup> No julgamento que cassou a liminar concedida monocraticamente por ministro Marco Aurélio ainda em 2004, ministro Peluso fez a pergunta emblemática à diferença entre as posições: admitindo jamais ter conhecido uma mulher em situação de gravidez anencefálica

---

<sup>27</sup> No julgamento de mérito da ADPF 54, ministro Marco Aurélio admitiu ter “colocado na prateleira intencionalmente o processo” e indicou que o julgamento da ADI 3510 em 2008, sobre células-tronco, havia sido determinante para a retomada dos debates da ADPF 54 (Brasil, 2013, p. 86). Nesse ano, o ministro decidiu determinar a data das audiências públicas sobre anencefalia, que já haviam sido convocadas em 2004, mas ainda não realizadas. Esse é apenas um breve indicativo sobre como o ritmo de condução do processo foi guiado pelas condições políticas de decisão e em permanente atenção ao andamento do debate público, que tratava a ADPF 54 como um caso difícil. Pode ser considerado ainda uma das estratégias utilizadas pela corte para favorecer a catalisação de um embate antagônico em agonístico.

que demandasse interrompê-la, perguntou-se “quem são elas”.<sup>28</sup> A posição que expressava era, portanto, das certezas morais ainda não confrontadas pelo conflito real.

Protegida pela hegemonia da Igreja, essa posição tinha força para ser determinante. Crucial para reposicionar as perguntas relevantes ao caso foi à presença em primeiro plano da concretude das histórias dessas mulheres, embora a ação constitucional fosse abstrata. O enquadramento da lei penal como provocadora de tortura, evidenciado pelas narrativas das mulheres sobre o próprio sofrimento, foi responsável pela provocação do horror trágico que permitiu a desilusão da certeza moral sobre aborto no caso (Diniz, 2001). A história contada era das mulheres que queriam ser mães, mas haviam sido confrontadas pela anencefalia.

Elas não rejeitavam de plano nenhuma das descrições cristãs sobre o sublime da maternidade, mas afirmavam, por exemplo: “um dia eu não aguentei. [...] Eu sonhava com ela no caixão. Eu acordava gritando, soluçando”, como Gabriela Cordeiro.<sup>29</sup> Para Érica, que pôde interromper a gravidez durante a vigência da liminar, continuar “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo, e no final, eu não ia tê-lo”. Para Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. [...] O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer” (Brasil, 2013, p. 63). As vozes registradas no voto do ministro relator compuseram as evidências de como a lei penal podia impor tortura a mulheres grávidas.

---

<sup>28</sup> Duas semanas após o protocolo da ação, em 2004, ministro Marco Aurélio havia concedido liminar em que reconhecia a atipicidade da antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia. A liminar restou vigente por quatro meses, até ser cassada pelo plenário no episódio em que ministro Peluso fez sua pergunta. “Quem são elas?” foi assumido como título do documentário de Debora Diniz que contou as histórias de quatro mulheres que puderam interromper gestações durante a vigência da liminar. Tratou-se do primeiro documentário a ser exibido em um procedimento do Supremo Tribunal Federal, durante as audiências públicas de 2008. O filme está disponível online em: <https://youtu.be/pM1aCmkTn9g>. Acesso em 26 jan. 2020.

<sup>29</sup> Gabriela Cordeiro foi a paciente do habeas corpus nº 84025/RJ, de 2004, o qual foi o antecedente imediato da ADPF 54 no Supremo Tribunal Federal. Para mais detalhes sobre a história de Gabriela e o caminho do litígio individual ao abstrato, ver Diniz (2014).

Não é preciso perguntar-se se os personagens específicos, ministro e procurador, que mais explicitamente expressaram a posição do constitucionalismo católico para o caso também experimentaram a desilusão em algum momento e colocaram-se em dúvida sobre a contingência das próprias crenças ou a correção de sua posição contrária à procedência da ação. O que importa é compreender que houve um deslocamento difuso da moralidade hegemônica, que permitiu decisão contrária ao que esses atores defendiam. A posição majoritária na corte ainda foi marcada pelo compartilhamento de um sentimento cristão de compadecimento pelo sofrimento alheio, mas esse compadecimento precisou secularizar-se ao considerar o sofrimento de uma mulher pelo destino da reprodução infrutífera como algo capaz de gerar horror e ser classificado como tortura, e não constituir dever por missão divina.

O reconhecimento do sofrimento foi a primeira parte da construção da ideia de que havia injustiça na proibição de interrupção da gravidez com diagnóstico de anencefalia, mas a segunda parte foi marcada também pela conclusão de que se tratava da antítese do que deveria ser a experiência de gestar: nas palavras de ministro Marco Aurélio quando do julgamento da liminar, a “alegria de ter em seu interior a sublime gestação” (Brasil, 2013, p. 14). A ideia foi apresentada junto à essencialização do gênero na maternidade, que para o ministro relator era descrita como o “determinismo biológico” que “faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal” (Brasil, 2013, p. 13). Mas o cenário de “encantado universo da mulher às vésperas de ser mãe”, como descrito por ministro Ayres Brito na discussão sobre a cassação da liminar, foi abordado no processo não apenas como um lembrete da pedagogia do gênero que envolve a reprodução, mas em contraposição às situações em que “se despedaçam por antecipação os mais dourados sonhos, as mais alentadoras expectativas, os mais afetivos planos” (Brasil, 2005, p. 103), com uma abertura de que esse possa também ser o horizonte moral comum a ser buscado – que as mulheres sejam protegidas das situações em que gestar não seja sinônimo desses sentimentos.

É verdade que os ministros estavam-se referindo especificamente ao caso da anencefalia, e, portanto, seus argumentos eram vinculados ao luto por um feto sem perspectiva de sobrevivência, mas permitir-se falar sobre a experiência das mulheres abria outra possibilidade moral sobre o tema que ia além de simplesmente reconhecer a atipicidade do procedimento por inviabilidade fetal. Provocou-se a abertura a outra perspectiva de humanismo, que não tenha na mortificação cristã do humano para aproximação do divino o seu fundamento. Se a morte for apenas parte, mas não o sentido da experiência moral humana, que encontraria sua razão apenas na vida eterna posterior, outros sentimentos ou valores podem ser invocados para um humanismo que não seja passivo a desígnios absolutos, mas se construa em torno a valores como sanidade, movimento e afeição para avançar a corresponsabilidade pela existência humana (Stears, 2014). De certa forma, esses afetos estiveram presentes no julgamento, como quando se invocou a proteção à saúde como a versão positiva da rejeição ao sofrimento mental da tortura, e mencionou-se a importância que a decisão diante do trágico poderia ter para os vínculos de afeto e para os projetos de futuro dessas mulheres e suas famílias.

Talvez o momento mais evidente do embate agonístico entre o humanismo católico e o secular tenha-se apresentado na discussão entre os ministros Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, pela primeira vez no julgamento que cassou a liminar em 2004, mas repetido quase em termos idênticos sete anos depois, no debate sobre o mérito. Ayres Britto perguntou-se se a corte deveria reconhecer a existência de um direito de nascer para morrer, ao que Peluso retrucou que esse era o destino de todos, “todos nascemos para morrer”. Ayres Britto em comentário final contra-argumentou:

E, quanto ao voto do Ministro Peluso – me permitam dizer –, magnífico voto, tão bem fundamentado, está coerente com a concepção que Vossa Excelência tem, a meu sentir, também com todo o respeito, do que seja a vida. Vossa Excelência acha que nascemos para morrer. Eu acho que nascemos para o espetáculo da vida e, por isso, eu permaneço entendendo que não devemos, jamais, a pretexto de defender quem sofre, no fundo, amar o sofrimento (Brasil, 2013, p. 416-417).

Não é possível ignorar que a corte se permitiu avançar em afirmações sobre a tortura de uma gestação compulsória e a vinculação até certo ponto transgressora que isso poderia ter com a necessidade de autorizar a interrupção de uma gravidez por tratar-se de casos de certeza de não sobrevivência de uma futura vida. No entanto, a forma como isso foi desenvolvido em vinculação com o conceito de dignidade da pessoa humana talvez aponte para um horizonte promissor de reconfiguração dos princípios e do embate moral da questão do aborto, ao trazer integralmente as mulheres para o centro de um humanismo marcado pelo trágico necessariamente feminino das decisões sobre a reprodução.

#### RESOLUÇÃO AGONÍSTICA

Para algumas análises, o caso constitucional sobre anencefalia poderia ser considerado uma ação apenas tímida de litígio estratégico feminista: a demanda não deu centralidade a princípios como autonomia ou liberdade de decisão reprodutiva; o fenômeno questionado, de uma malformação relativamente incomum e incompatível com a vida, poderia ser descrito como marginal à problemática ampla da questão do aborto. No entanto, ao retirar temporariamente de cena a preocupação com uma vida potencialmente viável, em um país em que a moral religiosa tem profundo impacto nas decisões políticas e normativas, o debate sobre a anencefalia tornou possível admitir as mulheres como sujeitos centrais às preocupações morais e de proteção a direitos fundamentais na questão do aborto. A mobilização de um princípio compartilhado por sujeitos que se engajam no tema de perspectivas opostas, como o de dignidade da pessoa humana, permitiu ainda que o embate acontecesse de maneira agonística, para ao final deslocá-lo de um essencialismo naturalista tendente ao confessional para tematizar como poderia ser atravessado por experiências particulares marcadas pelo gênero.

Apenas reafirmar a laicidade do Estado como princípio não seria suficiente para esse giro. Como foi possível perceber no desenvolvimento do caso, argumentos formalmente laicos, construídos com referência a princípios constitucionais, ainda podiam guardar inspiração confessional se combinados a uma interpretação de valores vinculados à obediência ao divino. A esperança racionalista nos processos decisórios que se organizam com referência a princípios constitucionais liberais infelizmente não parece capaz de provocar a metamorfose trágica das certezas morais que se constroem paralelamente à normatização do Estado (Diniz, 2001), mas a desilusão mobilizada pela nomeação da lei penal como provocadora de tortura para mulheres que desejariam aquela gestação foi capaz de fazê-lo para a anencefalia.

Somente as próprias mulheres podem experimentar sofrimento ou resignação diante do acaso da gestação acometida por anencefalia. No entanto, é possível embutir nas normas expectativas morais sobre o que determinadas situações deveriam provocar e o que nos é devido legal ou constitucionalmente repudiar ou evitar. A ADPF 54 permitiu o experimento da desilusão sobre o significado da proteção absoluta à dignidade da vida biológica, ao demonstrar que a insistência nesse enquadramento era conivente com o sofrimento injusto causado pela obrigação de gestar sem futuro. Sofrer, resignar-se, ou cultivar qualquer outro sentimento diante da gestação acometida por anencefalia seguirá sendo uma prerrogativa exclusiva às próprias mulheres e suas famílias, mas reconhecê-lo como experiências possíveis e particulares, não dependentes ou devidas à necessidade de garantir salvação divina, foi a contribuição da corte para que se trouxesse, de outra maneira, o tema da autonomia para a questão do aborto, a partir de uma afirmação anterior e fundamental: a de que à vida das mulheres aplica-se o princípio da dignidade da pessoa humana e todas têm direito a uma vida livre de tortura também no que se refere às decisões reprodutivas.

CAPÍTULO TERCEIRO – A CIÊNCIA COMO VETOR DO EMBATE AGONÍSTICO SOBRE ABORTO: O USO DE EVIDÊNCIAS E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DA ADPF 442 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Disputas sobre a ciência para justificar leis ou políticas são abundantes em questões do campo da bioética, como o aborto (Callahan, 1986; Robertson, 2015). No entanto, o que é considerado evidência e de que forma são acionadas para compor as perguntas que importam para a tomada de decisão varia historicamente e conforme as jurisdições que as enfrentam. Na jurisprudência estadunidense, por exemplo, o voto majoritário de *Roe v. Wade* em 1973 rejeitou rapidamente as perguntas sobre início da vida, ao argumentar que, se “aqueles treinados nas respectivas disciplinas da medicina, filosofia e teologia são incapazes de chegar a qualquer consenso” não seria o judiciário a encontrar a resposta, tampouco seria legítimo se escolhesse qualquer uma delas como parâmetro normativo (Estados Unidos, 1973a).

Ao abdicar desse caminho, a decisão recorreu a uma história interna do direito do país para entender o significado do conceito não de vida, mas de pessoa – que, conforme a conclusão apresentada pela corte, não abarcaria a vida em potencial – e os sentidos da proteção ao direito à privacidade no campo da reprodução. As evidências de saúde pública retornaram ao final do voto especialmente como suporte ao estabelecimento do marco dos trimestres para a autorização do direito ao aborto.<sup>30</sup> Casos posteriores também na corte estadunidense, como *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, de 1992, *Stenberg v. Carhart*, de 2000, *Gonzales v. Carhart*, de 2007 e *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, de 2016, passaram, por sua vez, a ser organizados quase integralmente em torno a disputas sobre as evidências de saúde disponíveis para o tema, em geral invocadas como justificativas a legislações estaduais

---

<sup>30</sup> Para maiores detalhes sobre *Roe v. Wade*, ver segundo capítulo.

que buscavam criar novas restrições de acesso ao procedimento (Ahmed, 2015; Greenhouse, Siegel, 2016; Ziegler, 2018).<sup>31</sup>

Em *Casey*, um dos argumentos utilizados para reverter o parâmetro dos trimestres foi a tese de evolução da medicina fetal e a variação que poderia provocar ao marco de viabilidade: argumentou-se que as então novas tecnologias médicas dos anos 1990 já permitiriam a sobrevivência extrauterina a partir de 23 ou 24 semanas, e não mais apenas por volta da 28ª semana, como foi assumido como mais comum por *Roe* (Estados Unidos, 1992). Embora a corte tenha mantido o entendimento central de *Roe* ao reafirmar o direito ao aborto, houve alteração da compreensão sobre quando o Estado tem interesse legítimo em regular o acesso ao procedimento pela mudança do parâmetro de viabilidade, além de uma ampliação das situações em que os estados podiam intensificar a regulação sob justificativa de proteção à vida e saúde das próprias mulheres, o que foi chamado por Reva Siegel (2008) de um passo de paternalismo da corte.

O voto dos ministros que compuseram o precedente de *Casey* buscou apresentá-lo como decorrência lógica do reconhecimento de novos consensos científicos, mas é certo que a relevância de qualquer evidência só é compreendida em um marco normativo a partir do

---

<sup>31</sup> *Casey*, de 1992, questionava uma série de normas regulatórias para acesso ao aborto no estado da Pensilvânia, como tempo de espera entre a primeira consulta e a realização do procedimento e consentimento do cônjuge ou dos pais para mulheres menores de idade. A decisão da corte manteve as previsões, exceto a de consentimento do cônjuge, além de considerar que em casos de urgência nenhum dos critérios poderia ser aplicado (Estados Unidos, 1992). *Stenberg* de 2000 e *Gonzales* de 2007 referiam-se, respectivamente, a uma lei do estado de Nebraska e uma lei federal que proibiam um procedimento para abortos de segundo e terceiro trimestres, conhecido como D&E (dilatação e extração). Enquanto o primeiro caso considerou que não poderia haver restrições ao acesso ao procedimento porque não havia clareza se seu impedimento poderia causar risco à saúde das mulheres, o segundo chegou à conclusão de que sempre poderia haver alternativas e o Estado tinha direito de restringir um procedimento em preferência a outros, ainda que essa escolha se desse por expectativa de uma proteção simbólica à dignidade da vida (Estados Unidos, 2000, 2007). Já em *Whole Women's Health*, de 2016, analisou-se uma lei do Texas que exigia a todas as profissionais que ofereciam aborto a possibilidade de referir-se a um hospital com centro cirúrgico em até 30 milhas e/ou a possibilidade de contar com centro cirúrgico na própria clínica. A posição majoritária da corte considerou que essas não eram restrições baseadas em evidências, devido à baixa incidência de complicações com necessidade de suporte cirúrgico, e o fato de que, nos raros casos em que ocorrem, acontecem em um lapso de tempo posterior à liberação do procedimento e, portanto, não são casos de referência direta. Entendeu-se que manter tais restrições apenas contribuiria para que houvesse menor oferta de acesso seguro ao procedimento de aborto, o que poderia, por isso, ser prejudicial à saúde (Estados Unidos, 2016). Nota-se que todos os casos exigiam da corte a avaliação de evidências de saúde pública sobre o fenômeno do aborto e os procedimentos oferecidos.

enquadramento moral, político e constitucional que se dá a ela. Basta recordar o exemplo da jurisprudência alemã: os casos Aborto I de 1975 e Aborto II de 1993 mencionam reconhecer personalidade jurídica aos embriões a partir do 14º dia após a fecundação, pela justificativa de que é quando se dá a implantação no útero, mas isso não determinou que o aborto devesse ser sempre proibido depois desse marco temporal (Alemanha, 1975, 1993). Ao contrário, considerou-se que, ainda que mantida a lei penal, exceções deveriam ser garantidas para não ferir de maneira desproporcional os direitos das mulheres, em particular diante de situações como risco à vida ou saúde, estupro, malformação fetal ou caso a experiência da gravidez provocasse pressões extraordinárias à mulher – situações que, portanto, exigiam a acomodação de um conjunto complexo de violações para discutir o que de fato está em jogo quando se normatizam os direitos fundamentais vinculados à reprodução.

Seguindo o vocabulário oferecido por Sheila Jasanoff (2011b), podemos compreender que as cortes operam uma espécie de operação ontológica quando deliberam sobre questões controversas do campo da bioética com recurso à ciência. Essa operação consiste em definir o que ela chama de entidades problemáticas, cujas características precisam ser fixadas como um prelúdio à análise constitucional. Do que trata a questão do aborto? Não está dado que se trate necessariamente de responder a perguntas sobre desenvolvimento embrionário ou sobre o que o procedimento pode provocar às mulheres que assumem dele precisar. Muito embora alguns argumentos possam ser enunciados com deferência à autoridade da ciência, mais correto seria compreender que os discursos médico e jurídico coproduzem o enquadramento de direitos em palimpsesto, como descrito por Jasanoff (2011a), definindo, por exemplo, os limites à pesquisa científica ou os direitos devidos diante de novas compreensões sobre o humano em um processo que é necessariamente político.

Esse parece ser o processo em curso para a constitucionalização do direito ao aborto no Brasil nos últimos 15 anos. Na ADPF 54, foi necessário partir da certeza do consenso médico

sobre a inviabilidade fetal em caso de anencefalia para a argumentação de que não se tratava sequer de aborto. O debate principal da ação partiu do acordo permitido pelas evidências para prosseguir a uma construção sobre o estatuto do humano e o significado secular de proteção à dignidade da pessoa humana, como analisado no capítulo anterior. A ciência permitiu a apresentação constitucional de novos fatos da vida (Jasanoff, 2011b), não previstos nem acomodados pelo Código Penal de 1940, mas a decisão do caso dependeu de sua articulação em palimpsesto com princípios constitucionais que deram sentido ao que deveria ser interpretado como tortura na imposição de gravidez compulsória sem perspectiva de nascimento com vida.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581 (ADI 5581), proposta em 2016 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) para reparar os direitos violados pela epidemia do vírus zika, ainda não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, foi organizada a demonstração de uma série de evidências para a demanda do aborto diante de uma crise de saúde pública: dados sobre o que se sabia sobre o vírus recém-descoberto, a transmissão vertical e os efeitos em fetos, e como poderia haver uma vinculação entre a negligência do Estado no controle ao mosquito vetor e a imposição de um estado de necessidade às mulheres, traduzida também em sofrimento mental diante da gestação (STF, 2016).<sup>32</sup> Assim como na ADPF 54, a petição inicial da ADI 5581 foi apresentada ao STF acompanhada de pareceres técnicos elaborados por especialistas especificamente para a ação, o que demonstra como a garantia de confiabilidade dos dados apresentados era central à aposta de operação ontológica sobre o tema.

Nesses casos, o recurso à ciência não se deu por um apelo de redução do político a “questões técnicas a serem resolvidas por especialistas”, como criticou Chantal Mouffe (2013, p. 36) sobre um dos desdobramentos negativos de um arranjo neoliberal da política estatal. As

---

<sup>32</sup> A ação também foi proposta com suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética. Para mais detalhes sobre as violações de direitos provocadas pela epidemia do vírus zika e tratadas na ação constitucional, ver Diniz, Gumieri, Galli, Cook, Dickens (2017).

evidências, na realidade, foram apresentadas como outro instrumento argumentativo para o campo do político, a provocar o que Debora Diniz (2019) chamou de giro empírico para a deliberação constitucional. A escolha das evidências utilizadas e as teses a elas correspondentes não deixaram de compor uma decisão política diante de outras possíveis – até porque o conhecimento produzido e citado como evidência também é necessariamente situado (Haraway, 1995).

Ao observarmos o caminho do debate constitucional sobre aborto no Brasil, é possível dizer que, a partir do recurso ao uso de evidências, tem-se contribuído a uma organização agonística da questão do aborto ao provocar um paulatino deslizamento de justificações de proteção de direitos tendentes ao absoluto e, portanto, inegociáveis, recorrentes em casos de controvérsia moral, para aquelas historicamente localizadas. Esse processo tornou-se ainda mais evidente com o debate aberto pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 (ADPF 442), proposta em 2017.

#### ADPF 442 E CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A ADPF 442 apresentou como pedido principal a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir de sua incidência a interrupção da gestação realizada nas primeiras 12 semanas.<sup>33</sup> O pedido de descriminalização do aborto por prazo, sem o condicionante a nenhuma causal, se apresentou com uma demanda de conteúdo sobre a proteção à saúde das mulheres e à saúde pública.<sup>34</sup> O caminho argumentativo da peça foi duplo:

---

<sup>33</sup> Novamente, a ação foi proposta com suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética. A partir desta seção se intensifica a sobreposição entre pesquisadora e advogada para o litígio, pois este é o caso em que mais atuou diretamente. Pretendo, no entanto, utilizar de minha perspectiva situada para favorecer a articulação analítica de elementos e atores que se movimentam no caso.

<sup>34</sup> Causal é um termo comum ao direito penal e constitucional latino-americano no tema do aborto, em particular, após a decisão da Suprema Corte da Colômbia em 2006 (C-355). Seu uso é derivado da expressão em espanhol, *causal de excepción*, que em português seria equivalente a “causa excludente de ilicitude”. O uso do neologismo “causal” para se referir também em português às exceções de punição ao aborto se deve à interlocução transconstitucional latino-americana.

primeiro, enfrentou a dimensão principiológica do tema, propondo os preceitos de dignidade e cidadania como centrais para a interpretação constitucional da questão do aborto e, segundo, submeteu a criminalização do aborto ao método da proporcionalidade, para avaliar se o ato punitivo do Estado se justificaria diante das restrições de direitos fundamentais que provoca. Essa última estratégia foi a mesma já utilizada por cortes constitucionais de outros países como Colômbia, México e Portugal para a questão do aborto, como uma forma de submeter a lei penal a escrutínio com amparo de evidências de saúde pública (Undurraga, 2014, 2019).

Ao estabelecer como deveria ser compreendido o conceito de dignidade, a peça sugeriu que era preciso reconhecer a construção do preceito em forma de sintagma: “dignidade da pessoa humana”. Não seria a qualquer criatura, mas apenas à pessoa humana, que se concederia a proteção da dignidade a qual se assume como fundamento da República, e sua compreensão exigiria uma leitura sistemática não só da Constituição como de decisões anteriores do próprio STF. A partir do resgate das decisões na ADI 3.510, sobre pesquisa com células-tronco, e na ADPF 54, sobre anencefalia, a peça concluiu que a história constitucional brasileira reconhece valor intrínseco a todas as criaturas humanas, inclusive a embriões e fetos, mas o estatuto de pessoa constitucional se inicia no nascimento com potência de sobrevivência.

Por essa interpretação, reconheceu-se uma dimensão da dignidade como vida (Siegel, 2012), mas que deveria, de qualquer forma, ser interpretada de modo a acomodar as outras dimensões de dignidade que também reconhecessem as mulheres, em particular pelo que já havia sido decidido na ADPF 54 sobre a vedação de tortura. Assim, concluiu-se que a embriões e fetos é possível a proteção infraconstitucional de expectativas de direitos concretizáveis com o nascimento, mas não de direitos fundamentais oponíveis a pessoas constitucionais, como as mulheres, em particular se a suposta proteção tiver de ser feita sob imposição de tratamento cruel ou degradante às mulheres como o imposto pela lei penal. Essa foi a primeira das maneiras como a ADPF 442 propôs desconstituir o dilema moral de proteção à vida.

A compreensão sobre o sentido de proteção à dignidade foi apresentada em vinculação direta ao segundo preceito: para dar concretude ao senso de dignidade vivido, foi proposta uma compreensão substancial ao conceito de cidadania. Autonomia ou privacidade, cruciais para o litígio de aborto nos Estados Unidos, não ressoam na tradição jurídica brasileira sobre maternidade ou planejamento familiar, mas proteção à cidadania, por sua vez, permitiria colocar em questão os aspectos concretos que tornam a criminalização do aborto uma ameaça à saúde das mulheres, em particular das mais vulnerabilizadas por outros condicionantes discriminatórios, como raça, classe, região e idade. As evidências de saúde pública estratificadas conforme esses marcadores foram apresentadas na petição inicial como forma de demonstrar que a algumas mulheres, mais que outras, a lei penal impunha uma condição de subcidadania.<sup>35</sup>

Em março de 2018, um ano após o protocolo da ação, a ministra Rosa Weber, relatora do caso, anunciou a convocatória de audiências públicas, permitindo, pela primeira vez em casos relacionados a aborto ou reprodução, a livre inscrição de especialistas, que posteriormente seriam selecionados pelo tribunal (STF, 2018). Em termos formais, é possível dizer que a ministra Weber atendeu a um dos critérios que Danny Michelsen (2019) elencou para o constitucionalismo agonístico, com a abertura procedimental para a participação da sociedade civil desde o início do processo instrutório do caso. Porém, talvez mais importante que isso foi a ministra ter sinalizado a demanda por evidências para a tomada de decisão. O giro empírico (Diniz, 2019) provocado pelo enquadramento da petição inicial foi seguido pela corte para sugerir que não há resposta constitucional para a questão do aborto em absolutos morais, já que uma decisão precisaria ser tomada diante do que se sabe sobre a materialidade do fenômeno.

---

<sup>35</sup> Por essa razão, intelectuais negras como Livia Casseres identificam o padrão discriminatório da lei penal para aborto como decorrência do racismo estrutural e uma “política de morte para mulheres negras” (Casseres, 2018, p. 77).

O conceito de evidência ou de expertise técnica utilizado pela corte para a seleção dos especialistas foi amplo.<sup>36</sup> É possível dizer que os representantes de religiões foram convocados para representar a diversidade moral possível sobre o tema, enquanto as organizações internacionais traziam a perspectiva comparada, sendo este o campo do direito que talvez mais se aproxime de outras ciências sociais ao permitir a possibilidade de análise de distintos sistemas legais e as consequências de sua aplicação. O campo da ciência foi privilegiado, o que demonstra a preferência ou a seleção da corte sobre o que precisava ouvir. Mas mesmo neste campo a perspectiva foi diversa: ao lado das associações médicas, também se considerou a relevância da psicologia, antropologia, dos estudos sobre a deficiência e também dos estudos jurídicos e criminais. Organizações de direitos humanos e feministas terminavam de compor o quadro ao oferecer, ao mesmo tempo, evidências de experiências concretas das mulheres e um contraponto secular à diversidade moral das religiões.

Nos dois dias de audiências realizadas em agosto de 2018, todos expositores favoráveis à procedência da ação recorreram a alguma forma de evidência sobre o tema, enquanto a maioria dos participantes contrários também o fizeram – em regra para criticá-las. Essa

---

<sup>36</sup> A lista de habilitados para participação nas audiências foi, por ordem de agendamento de fala: em 3 de agosto de 2018, Ministério da Saúde, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Rosires Andrade), Academia Nacional de Medicina (José Gomes Temporão e Jorge Rezende Filho), Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto (Melania Amorim), Instituto Liberal de São Paulo (Raphael Câmara), Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (Thomaz Gollop, Olímpio Moraes, Helena Nader), CEMICAMP (José Henrique Torres), FIOCRUZ (Marcos Augusto Bastos Dias e Mariza Thame-Filha), CFP (Sandra Elena Sposito e Leticia Gonçalves), Movimento Brasil sem Aborto (Lenise Garcia), Anis - Instituto de Bioética (Debora Diniz), CEBRAP (Tania Lago), International Women's Health Coalition (Françoise Girard), Center for Reproductive Rights (Catalina Martinez), Human Rights Watch (Veronica Undurraga), IPAS (Anand Grover), CLACAI (Rebecca Cook), IPG (Viviane Petinelli Silva), ABA (Lia Zanotta e Rozeli Porto), exposição conjunta de coletivos feministas, Women on Waves (Rebecca Gomperts), Centro de Reestruturação para a Vida (Rosemeire Santiago), Sociedade Brasileira de Bioética (Dirceu Greco e Sergio Rego) e IBIOS (Heloisa Helena Barbosa e Vitor Azevedo Junior). Em 6 de agosto de 2018, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (Hermes Nery), CNBB (Dom Ricardo Hoerpers e Padre José Eduardo de Oliveira), CONAL (Silvia Maria Cruz), Convenção Batista Brasileira (Lourenço Rega), Convenção Geral das Assembleias de Deus (Douglas Batista), ISER (Lusmarina Garcia), ANAJURE (Edna Zilli), UJUCASP (Angela Vidal Gandra Martins Silva), Instituto Baresi (Adriana Dias), CDD (Maria José Rosado Nunes), DPU (Charlene Borges), CNDH (Fabiana Severo), Conectas (Isablea Nogueira), Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família, Instituto Brasileiro de Direito Civil (Ana Carla Hamartiuk Matos), Associação de Direito das Famílias e das Sucessões (Regina Beatriz Silva), Janaína Paschoal, IBCCrim (Eleonora Nacif), Defensoria Pública de São Paulo (Ana Rita Prata), Defensoria Pública do Rio de Janeiro (Livia Miranda Casseres), Clínica de Direitos Humanos da UFMG (Camila Nicácio), Núcleo de Prática Jurídica da USP (Livia Guimarães).

dinâmica demonstra o potencial agonístico da mediação do debate pela apresentação de evidências por pelo menos duas razões. A primeira é que, ao mobilizar o vocabulário científico, os opositores à ação reconheceram, ao menos em um primeiro plano discursivo, a autoridade de um sistema de produção e avaliação de confiabilidade de argumentos externos à fé. É verdade que o fizeram com acionamento de uma série de alegações de desconfiança sobre os resultados obtidos e sem aderir por completo às regras do método científico, mas, de qualquer maneira, mesmo ao fazê-lo, emitiram a mensagem de que corroboram com o método de estabilização dos fatos da vida para a questão do aborto “como se deus não existisse” (Zagrebelsky, 2014). A segunda razão é que, uma vez que as evidências do fenômeno necessariamente envolvem mulheres, o enquadramento mobilizado também por eles passou a considerar, ao menos em discurso, a preocupação dupla com a vida, que não é facilmente encerrada em absolutos – portanto, mais um elemento mais agonístico que antagônico. Os dois aspectos podem ser compreendidos como características de uma operação ontológica em curso para o tema, que contribui para colocar as mulheres no centro do debate.

#### O AGONISMO PELO GIRO DOS CONTRÁRIOS: AS MULHERES COMO PREOCUPAÇÃO CENTRAL DO DISCURSO ANTI-ABORTO

Kristin Luker (1984), em estudo sociológico que fez nos Estados Unidos pós-*Roe v. Wade*, para tentar compreender por que o debate político sobre aborto havia se tornado tão intenso, chegou à conclusão de que os dois lados não compartilhavam quase nenhuma premissa e muito pouco vocabulário comum sobre o tema, o que levava ao limite a possibilidade de diálogo e à configuração do que outras chamariam de a questão mais polarizadora da era moderna (Weitz, 2012). À época da publicação desse estudo, Luker ainda não havia testemunhado o giro do uso da linguagem pelo movimento anti-aborto, que passaria cada vez mais a trazer as mulheres ao centro de suas reivindicações de restrição de acesso ao

procedimento (Ahmed, 2015; Greenhouse, Siegel, 2016; Ziegler, 2018). Essa também foi a estratégia utilizada pelos opositores à procedência da ADPF 442 nas audiências de 2018.

Das 16 instituições ou expositores contrários, por exemplo, apenas três utilizaram recursos visuais para tentar apontar semelhanças do feto com seres humanos já nascidos, uma conhecida estratégia de apelo a recursos tecnológicos para ancorar a discussão em um debate sobre desenvolvimento intrauterino (Callahan, 1986). Em contraposição, a maioria tentou fazer alguma afirmação sobre as evidências do fenômeno do aborto tal como ocorre diante do cenário de criminalização. A forma como mobilizaram esses argumentos pode ser organizada em duas estratégias principais. A primeira tratou-se de uma tentativa de desacreditar os dados sobre a ocorrência do aborto, o que está vinculado à tentativa de desnaturalizar os argumentos de crítica da eficácia e dos efeitos secundários da lei penal. A segunda consistiu em um esforço de assumir para si o discurso da defesa das mulheres e argumentar que, na realidade, a criminalização seria uma forma de proteção contra os males do aborto legal. Importa percorrer a construção dos seus argumentos nas audiências para verificar, ao mesmo tempo, como tentaram se apropriar da autoridade do vocabulário da ciência e como, por outro lado, foram contrapostos.

#### MULHERES NÃO FAZEM ABORTO

Nas audiências públicas da ADPF 442, houve uma introdução recorrente à apresentação dos expositores contrários à demanda: a tentativa de demonstrar credenciais laicas para os seus posicionamentos. Houve frases como “eu sou um católico e nunca fui a uma missa, não posso ser acusado de ser fanático religioso”, “não reivindico a religiosidade” ou perguntas como “onde está o fundamentalismo religioso em aderir aos dados da ciência que comprovam o início da vida desde a concepção” – esta última, mencionada na abertura da apresentação da

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).<sup>37</sup> O enquadramento utilizado demonstra a tentativa de secularização das teses contrárias à descriminalização do aborto, que já havia sido utilizada nos debates da ADPF 54, e nas audiências de 2018 se consolidou como abordagem prioritária em combinação com evidências de saúde pública.

Para entrarem no debate secular apresentado pela inicial da ação, os expositores contrários tentaram, em primeiro lugar, desnaturalizar o fenômeno descrito: as mulheres brasileiras, na realidade, não faziam tantos abortos como descreviam os dados que embasam a demanda. Para argumentar que as evidências sobre a magnitude do aborto no Brasil eram incorretas e superdimensionavam o problema, adotaram principalmente três vias: i) apresentaram dados obtidos por distintas metodologias como indicativo de erro das análises; ii) questionaram a existência de conflito de interesses de pesquisadores envolvidos nos estudos ou iii) contrapuseram os dados com experiências pessoais da sua prática profissional.

A evidência mais citada sobre a magnitude do aborto no Brasil, tanto na inicial da ADPF, quanto pelos expositores da audiência, foram os dados da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), que consiste em um levantamento sobre a realização de abortos provocados no país por sondagem dupla, combinando a técnica de urna e um questionário preenchido por entrevistadoras, aplicada a amostragem aleatória de domicílios, que abrangeu mulheres de 18 a 39 anos de todo o Brasil urbano, e constatou que uma em cada cinco mulheres até os 40 anos havia feito pelo menos um aborto no país (Diniz, Medeiros, 2010; Diniz, Medeiros, Madeiro, 2016). Embora seus resultados tenham sido citados em quase todas as falas de opositores à ação que desprezaram os dados sobre aborto no país como “inconsistentes” “mentirosos”, “falaciosos” ou “sem comprovação”, nenhum questionamento metodológico sobre esse estudo

---

<sup>37</sup> As duas primeiras frases foram proferidas pelo representante do Instituto Liberal de São Paulo e pela representante do Centro de Reestruturação para a Vida (CERVI), respectivamente, na seção do dia 3 de agosto de 2018.

foi apresentado. Um deles se resumiu a reverter a suposição de laicidade, afirmando que seria “um ato de fé acreditar nos dados da PNA”.<sup>38</sup>

O único expositor que tentou se pronunciar diretamente sobre a metodologia da pesquisa mencionou que o estudo “possui premissas frágeis”, sem identificar quais seriam elas.<sup>39</sup> O anúncio de suposta fragilidade foi feito para sustentar que “estimativa melhor e mais realista utilizaria os dados do DATASUS [Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde]”. Essa é a estimativa feita pelo Ministério da Saúde, que apresentou na audiência a possibilidade de ocorrência de 1 milhão de abortos por ano no país a partir da aplicação de um fator de correção ao dado de internações por aborto – que regulam média de 250 mil ao ano.<sup>40</sup> Muito embora os dados da PNA e do Ministério da Saúde tenham sido obtidos por métodos distintos, e a PNA explicita a possibilidade de apenas revelar parte do fenômeno – porque o desenho do estudo não abrangeu a experiência das meninas adolescentes antes dos 18 anos ou das mulheres ao final da vida reprodutiva, entre 40 e 49 anos, nem das mulheres não-alfabetizadas e de áreas rurais – os dois dados foram incorretamente contrapostos como se revelassem uma contradição e, portanto, não fossem confiáveis.

Os expositores que se concentraram em reconstruir os supostos dados corretos sobre aborto partiram de uma combinação entre os mesmos dados de internação registrados no DATASUS e estimativas sobre o aborto espontâneo, ora em comparação com a razão entre abortos espontâneos e provocados, ora com a razão entre abortos espontâneos e o total de gestações. Embora esses mesmos expositores tenham reconhecido a dificuldade de conhecer a

---

<sup>38</sup> Esses adjetivos foram usados para deslegitimar os dados sobre a magnitude do aborto no Brasil pelos representantes do Instituto Liberal de São Paulo, na seção do dia 3 de agosto de 2018, e da Assembleia de Deus, da Frente Parlamentar contra o Aborto e pela Vida e do Estado de Sergipe, na seção de 6 de agosto de 2018.

<sup>39</sup> Representante do Instituto Liberal de São Paulo, em 3 de agosto de 2018.

<sup>40</sup> Dados apresentados pelo Ministério da Saúde com base no número de internações para tratamento de complicações pós-aborto, conforme registrados no DATASUS. O fator de correção quatro tem sido utilizado para a estimativa do número de abortos realizados no Brasil desde a década de 1990, quando estudos do Instituto Guttmacher pela primeira vez fizeram essa estimativa para quatro países da América Latina: Brasil, Colômbia, México e Peru.

realidade do aborto provocado por ser ilegal, continuaram considerando que a razão entre estes e os abortos espontâneos poderia ser conhecida, e aplicaram esse suposto cálculo a suas conclusões. Consideraram ainda para suas estimativas a incorreta suposição de que todos os abortos espontâneos gerariam internação. Seguindo este raciocínio equivocado, expositores distintos chegaram a afirmar que ocorreriam, no máximo, 100 mil abortos ao ano no Brasil.<sup>41</sup>

A função dessa estratégia argumentativa não é apresentar o que supõem ser o raciocínio correto para estimar a magnitude do aborto no país, mas, sim, sustentar a dúvida sobre a realidade do fenômeno. É uma tática compatível com o que Mary Ziegler (2018) identificou em torno à disputa sobre aborto no Estados Unidos, como a criação de uma jurisprudência da incerteza. A falta de rigor e as contradições internas aos dados que utilizam não são um problema para os enunciadores desses discursos porque sua audiência prioritária não é a comunidade científica, mas, na realidade, a opinião pública e os ministros da corte – de quem a análise rigorosa para identificar os dados confiáveis para embasar uma futura decisão pode ser esperada, mas não faz parte do treino regular do ofício de um juiz. A confusão provocada pode ser suficiente para fazer com que os julgadores sobreponham incerteza factual com incerteza moral e, assim, desconsiderem a relevância de conhecer a realidade empírica do fenômeno para chegar a uma decisão, ou concluam que, de fato, mulheres brasileiras fazem menos abortos que o estimado e, então, a criminalização poderia ser apresentada como estratégia estatal talvez eficaz para inibir a prática.

Essa é a tese que tentou afirmar um dos representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), ao final de sua exposição, quando enunciou uma rápida sequência de dados hipotéticos sobre o número de abortos de outros países caso tivessem a mesma população do Brasil. Isso foi feito para sugerir que, diferente do que mostraram dados

---

<sup>41</sup> A estimativa de 100 mil abortos por ano no Brasil foi apresentada, a partir de cálculos distintos, pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e pelo Instituto Liberal de São Paulo, em 3 de agosto de 2018.

internacionais apresentados por outros especialistas, na realidade se fariam comparativamente mais abortos nos países que legalizaram a prática, e não menos. Tais conclusões não seguiram cuidados básicos de análise comparativa, como a necessidade de isolar a população de mulheres em idade fértil de cada país, e outros condicionantes sociais das taxas de fecundidade e de aborto. O modo e o tempo de apresentação da tese não pressupunham o rigor da checagem dos dados, mas a utilização da autoridade do vocabulário de saúde pública para reafirmar a tese moral de eficácia da criminalização. Importa ressaltar que pelo menos metade da exposição da CNBB, a principal entidade católica presente da audiência, foi dedicada a desacreditar os dados de magnitude do aborto no país. Esse é um dos elementos a confirmar como a disputa de evidências está se tornando uma estratégia central à operação ontológica para a questão do aborto.

Seguiu a mesma lógica também a tese utilizada para questionar suposto conflito de interesses de pesquisadores ou instituições de fomento e os resultados obtidos nos estudos sobre magnitude do aborto, por serem “pessoas com causa” ou “militantes”.<sup>42</sup> Na ausência de questionamentos metodológicos claros sobre os estudos, apelou-se ao efeito halo – a tentativa de evocar uma concepção negativa sobre os sujeitos responsáveis pelas pesquisas ou pelos periódicos onde foram publicados, que provocaria, por contaminação, rejeição sobre seus resultados (Kahneman, 2012). Não houve tentativa de demonstrar de que maneira o posicionamento favorável à descriminalização do aborto teria provocado vieses na coleta ou análise dos dados obtidos, apenas fez-se um apelo à rejeição cognitiva como se qualquer posicionamento já implicasse em inadequação para a produção confiável de conhecimento – e como se fosse possível a produção de ciência a partir de um ponto de neutralidade.

---

<sup>42</sup> Adjetivos utilizados, por exemplo, pelo Instituto Liberal de São Paulo em 3 de agosto de 2018 e pelo representante da Assembleia de Deus, em 6 de agosto de 2018.

Um dos expositores o fez ao identificar erroneamente uma organização que oferece serviços em saúde sexual e reprodutiva nos Estados Unidos como financiadora de um dos estudos brasileiros, para tentar vinculá-lo a uma falsa polêmica estadunidense, enquanto outro apresentou em arquivo de slides uma tabela com lista de organizações não-governamentais que trabalham com o tema de direitos das mulheres e supostos valores recebidos de fomento internacional.<sup>43</sup> Novamente, a correlação sugerida é incorreta, já que não há vinculação entre os financiamentos listados e a produção de quaisquer dados, mas o conflito de interesses é vagamente sugerido sob uma moldura de preocupação com a ética em pesquisa para que se lance a desconfiança sobre os resultados e se enfatize a estratégia de contaminar o processo deliberativo a uma jurisprudência da incerteza.

A terceira estratégia para desacreditar os dados de magnitude do aborto foi feita pela tentativa de aproximar experiências privadas às evidências. Expositores comentaram que apenas conheceram “uma mulher que abortou”, que não conhecem “nenhuma mulher que foi presa” ou que em seus anos de experiência profissional apenas viu “uma morte por aborto”.<sup>44</sup> Trata-se da tentativa de dar concretude biográfica à abstração dos números. É a estratégia menos eficaz para a comunidade científica, mas se aproveita de um viés cognitivo caracterizado pela máxima “tudo o que eu vejo é tudo o que existe” para apelar a uma audiência externa (Kahneman, 2012). Esse argumento se conecta ao anti-intelectualismo compartilhado por várias vertentes de populismo (Mudde, Rovira Kaltwasser, 2017). Reforça-se, assim, o descrédito a análises sistemáticas, que precisam ser realizadas por especialistas, para que se tente privilegiar os relatos de experiência de profissionais como evidências de saúde pública. A confusão sobre

---

<sup>43</sup> A primeira correlação foi sugerida pelo Instituto Liberal de São Paulo, que mencionou incorretamente a organização Planned Parenthood [Federation of America] como suposta financiadora da Pesquisa Nacional de Aborto. A PNA foi, na realidade, financiada pelo Ministério da Saúde, como o próprio expositor reconheceu ao final de sua fala, em 3 de agosto de 2018, quando mencionou que realizou consultas por meio da Lei de Acesso à Informação para ter acesso aos detalhes do convênio em questão. A segunda correlação foi sugerida pelo representante do estado de Sergipe, na seção de 6 de agosto de 2018.

<sup>44</sup> Frases utilizadas, por exemplo, pelos representantes do Instituto Liberal de São Paulo, em 3 de agosto de 2018 e do estado de Sergipe, em 6 de agosto de 2018.

os dados é acoplada a um testemunho de factualidade que confirmaria a dúvida inicial sobre a alta taxa de abortos.

O único estudo sobre magnitude do aborto no Brasil cujo desenho metodológico foi explicitado na audiência foi a Pesquisa Nacional de Aborto, o que forneceu, portanto, ferramentas aos ministros para a análise de sua confiabilidade em comparação com os dados utilizados por outros expositores.<sup>45</sup> Outros especialistas convidados, especialmente do campo internacional, complementaram as evidências da magnitude do aborto no Brasil com dados sobre a experiência de descriminalização em outros países combinada à adoção de políticas positivas de proteção à maternidade e à infância como eficazes para a redução do número de abortos. O argumento foi criticado como contra-factual por opositores, o que foi contraposto com a explicação sobre o funcionamento da rota crítica do aborto e evidências sobre a possibilidade de redução dos abortos de repetição quando há acolhimento das mulheres nos serviços de saúde – além da constatação do efeito em cascata produzido pela melhora de políticas de planejamento familiar sem estigma, que podem reduzir a incidência de gestações não planejadas e, por consequência, de abortos.<sup>46</sup>

Os emissores da tese contrária à ADPF 442, embora tivessem as evidências de saúde pública como objeto de seu discurso, não tinham o rigor científico como método – recorreram antes a estratégias morais para gerar dúvidas sobre a realidade do que se estava discutindo. A tese moral de fundo desses expositores era de que a criminalização funciona e, por isso, a magnitude do aborto seria menor do que o estimado e também tendente a ser menor do que de outros países com legislação liberal. O que expositores do campo favorável à procedência da ação puderam demonstrar é que a lei penal não está alinhada às melhores práticas em saúde

---

<sup>45</sup> Exposição da Anis – Instituto de Bioética, na seção de 3 de agosto de 2018.

<sup>46</sup> Argumentos apresentados, por exemplo, pelos representantes da Academia Nacional de Medicina (ANM), Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), International Women's Health Coalition (IWHC), Consorcio Latinoamericano contra o Aborto Inseguro (CLACAI) e Human Rights Watch (HRW), em seção de 3 de agosto de 2018.

pública nem mesmo se o objetivo for exclusivamente proteger a vida em potencial, uma vez que os dados mais confiáveis disponíveis mostram uma dupla realidade – a alta taxa de abortos no Brasil e o sucesso de outros países em reduzir abortos a partir de práticas não punitivas.<sup>47</sup>

#### ABORTO LEGAL ENLOUQUECE E MATA

O segundo conjunto de dados que os expositores contrários à ação tentaram contrapor foram os referentes à morbimortalidade materna provocada pelo aborto inseguro, cujos efeitos mais graves a determinados grupos de mulheres foram apresentados como uma das evidências que demonstrariam a discriminação da lei penal. O fato de que esse tenha sido um argumento considerado relevante para a contraposição pelo campo opositor já demonstra um ganho narrativo do campo feminista de aproximar ao centro do debate a preocupação com os danos causados pela lei penal à saúde das mulheres. As conquistas das mulheres em avanços à proteção à saúde sexual e reprodutiva elevou o ônus político de insistir em uma defesa da criminalização exclusivamente focada na suposta proteção a fetos, a ponto de também ter sido dito na audiência que a manutenção da lei penal serviria a “proteger as duas vidas”.<sup>48</sup>

A contraposição à tese dos danos causados pela criminalização se deu especialmente de três maneiras: i) pela crítica-espantinho a dados conflitantes sobre mortalidade por aborto que não haviam sido citados na inicial da ação, nem pelos expositores favoráveis à demanda; ii) pelo questionamento sobre o perfil sociodemográfico das mulheres afetadas pelos riscos do aborto inseguro e iii) pela tese de que a oferta do aborto como um serviço regular de saúde causaria danos à saúde física e especialmente mental das mulheres, o que consistiria no verdadeiro problema de saúde pública. Uma vez que a vida e a saúde das mulheres tenham sido

---

<sup>47</sup> O argumento esteve presente em diversas apresentações, mas foi apresentado nesses moldes pelas representantes da International Women’s Health Coalition (IWHC) e Human Rights Watch (HRW), em seção de 3 de agosto de 2018.

<sup>48</sup> Manifestação de representante da Federação Espírita Brasileira (FEB), em 6 de agosto de 2018.

alçadas ao centro do debate, a chave saúde-adoecimento para encarar a questão do aborto passa a fazer parte da disputa. Para fazê-lo de uma perspectiva que sustente a manutenção da criminalização, aqueles que se opõem à demanda da ADPF 442 recorreram a uma estratégia contraditória: negaram que o aborto ilegal pudesse gerar os malefícios denunciados por quem defende a mudança da lei, mas sustentaram que o procedimento em si seria perigoso. A tese é de que o aborto legal pode enlouquecer e matar as mulheres.

Para os casos de morte por aborto, a dificuldade de produção de dados confiáveis é ainda mais elevada que para a compreensão da magnitude do aborto ilegal, uma vez que, quando provocado, com frequência a própria mulher é a única guardiã do segredo. Por isso, existem estimativas diversas para suprir a lacuna de um dado de difícil produção na ilegalidade. Muito embora nem a inicial da ADPF nem os expositores da audiência favoráveis à procedência da ação tenham utilizado a imprensa como fonte dos dados sobre mortes provocadas por aborto, peças publicadas em jornais foram contrapostas pelos expositores contrários como principal estratégia para desnaturalizar a gravidade do fenômeno. Ou seja, criou-se um espantinho de evidências.<sup>49</sup> Quando pretenderam explicar quantas mortes efetivamente ocorreriam, fizeram referências aos dados do DATASUS, que havia registrado uma média de 50 mortes anuais por aborto entre 2014 e 2016 – e que, no entanto, tampouco é o dado mais preciso disponível para a avaliação do fenômeno.<sup>50</sup>

Ao serem incapazes de identificar qual seria a fonte de dados mais adequada, esses expositores demonstraram que, apesar de se apresentarem como representantes da comunidade científica, não conheciam como funciona a coleta e análise de dados epidemiológicos sobre morte materna. Ao final da manhã do primeiro dia de audiência, a representante do Ministério

---

<sup>49</sup> Dois artigos de opinião, publicados na revista *Veja* e no jornal *Folha de S. Paulo*, foram erroneamente citados como editoriais dos respectivos veículos pelo representante do Instituto Liberal de São Paulo, em 3 de agosto de 2018.

<sup>50</sup> Dados citados nas exposições do Instituto Liberal de São Paulo e do Movimento Brasil Sem Aborto, na seção de 3 de agosto de 2018.

da Saúde explicou que o dado mais atualizado sobre morte materna não está no DATASUS, uma vez que essa base é alimentada pelos próprios médicos nos serviços de saúde, que têm dificuldade em atribuir a causa básica dos óbitos maternos durante o atendimento. O subdiagnóstico das mortes maternas é realidade conhecida. Para que seja possível conhecer com mais precisão o fenômeno e implementar medidas de prevenção, o Ministério coordena a investigação suplementar das mortes não-violentas de mulheres em idade fértil, por meio da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) – que posteriormente publica os dados corrigidos em sua base. A SVS apresentou um total de 203 mortes maternas por aborto em 2016, após a correção das apenas 48 que haviam sido registradas no DATASUS. Esse foi o dado utilizado pelo Ministério da Saúde e demais expositores que se posicionaram favoravelmente à procedência da ação como a taxa mínima de mortalidade por aborto inseguro, sem correção para a subnotificação – ou seja, assumindo que a taxa real é provavelmente maior.<sup>51</sup>

A suspeita sobre os números foi lançada na audiência para descaracterizar o fenômeno e sua gravidade, mas uma estratégia complementar também foi utilizada para incidir sobre o apelo moral dos dados de morbimortalidade por aborto. O argumento de que as mulheres mais vulneráveis – negras e indígenas, pobres, e das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país, conforme evidenciado na Pesquisa Nacional de Aborto – seriam também aquelas mais vitimadas pela falta de acesso ao aborto seguro foi questionado. Dois expositores partiram de relatos locais para fazê-lo: o representante do Instituto Liberal de São Paulo afirmou que na cidade do Rio de Janeiro, em 2017, teriam morrido mais mulheres brancas e pardas que pretas, embora não tenha apresentado os dados comprobatórios em sua fala, tampouco em seu memorial, e a representante do Centro de Reestruturação para a Vida afirmou que as mulheres

---

<sup>51</sup> As representantes do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto apresentaram o mesmo dado ao falar sobre morte materna.

mais atendidas em sua instituição eram, na realidade, brancas, universitárias e habitantes da capital paulista.

Uma evidência de como a ciência faz parte do político e os debates influenciam-se mutuamente é o fato de que, desde as audiências públicas de 2018, foram desenvolvidas e publicadas duas novas pesquisas sobre morbimortalidade por aborto no Brasil, inclusive a investigação mais abrangente e confiável sobre mortalidade até o momento. A fragilidade em particular dos dados de mortalidade havia lançado um agendamento de pesquisa para que se pudesse colaborar para o giro empírico da decisão. O estudo abrangente se dedicou a revisar os dados oficiais sobre abortos inseguros e suas complicações de 2006 a 2015, e assim pôde determinar o perfil de mulheres em maior risco de óbito por aborto, dado que ainda não se conhecia à época das audiências, mas que confirma o que se sabia sobre a incidência dos riscos da ilegalidade: aquelas que mais morrem são de cor preta ou indígenas, de baixa escolaridade, com menos de 14 ou mais de 40 anos, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e sem companheiro (Cardoso, Vieira, Saraceni, 2020). O segundo estudo analisou as mortes maternas de adolescentes no Piauí para descrever as histórias daquelas que morreram por aborto. Para elas, houve demora no diagnóstico e no tratamento das complicações do aborto, o que pode ter contribuído para as mortes, já que a causa determinante para todas foi classificada como evitável (Nunes, Madeiro, Diniz, 2019).

Em um relato anedótico, a representante da Associação dos Juristas Católicos referiu-se a uma cena de compra de medicamentos clandestinos que envolveria meninas adolescentes na saída de bailes funk. Novamente, assim como com relação aos dados de magnitude do aborto, esses relatos não são capazes de refutar aqueles apresentados pelos estudos populacionais, mas são citados como forma de provocar, dentro de uma moldura de discussão sobre saúde pública, a dúvida sobre o perfil da mulher que faz aborto. Se aquelas que mais buscam o procedimento na clandestinidade forem as mulheres mais privilegiadas ou o

estereótipo daquelas a quem não se reconhece necessidades legítimas em saúde sexual e reprodutiva, como as adolescentes, a urgência de resolução de um problema de acesso à saúde seria desnaturalizada por se sugerir que essas são mulheres que poderiam ou deveriam ter prevenido a gravidez.

Por outro lado, uma constelação de evidências interdisciplinares foi utilizada para demonstrar os efeitos da criminalização e a quem atingem pelos expositores favoráveis à ADPF. Com os dados da PNA mencionou-se que as mulheres que fazem aborto estão em todas as classes sociais e todas as regiões do país, mas são submetidas ao risco de maneiras distintas: 15% das mulheres negras e 24% das mulheres indígenas já tiveram de se submeter a um aborto provocado, em comparação a 9% de mulheres brancas. O pico etário de realização do aborto foi também no pico da vida reprodutiva, entre 20 e 24 anos, e 63% dessas mulheres declararam hoje ter filhos (Diniz, Medeiros, Madeiro, 2016). Cerca de metade delas precisou ficar internada após o procedimento – o que foi apresentado como reflexo da insegurança dos métodos utilizados na ilegalidade ou da desinformação sobre como utilizá-los, uma vez que dados da Organização Mundial da Saúde, apresentados na audiência pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria (FEBRASGO) indicam que apenas de 2 a 5% das mulheres que realizam abortos com medicamentos seguros e em condições adequadas precisam de intervenções médicas posteriores.

A representante da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) complementou esses dados ao desenvolver o conceito de estigma, o qual, mobilizado pela criminalização do aborto, afirmou, tem consequências no funcionamento dos serviços para os casos já previstos em lei, favorecendo a desinformação, o temor de perseguição dos profissionais e a discriminação de mulheres que precisam acessá-los. Foram apresentados os dados de estudo realizado por meio de 82 entrevistas qualitativas com profissionais da saúde de serviços de aborto legal de cinco capitais, uma em cada região do país, que constatou a existência de um regime compartilhado

de suspeição à narrativa de mulheres e meninas sobre o estupro, que muitas vezes leva à negativa de atendimento contrariamente ao que prevê a norma técnica do Ministério da Saúde sobre o tema (Madeiro, Diniz, 2016). Isso significa que parte das mulheres que realiza abortos ilegais pode, na verdade, ser uma vítima de violência que precisou recorrer à clandestinidade após ter seu direito negado. As evidências do campo da saúde pública e das ciências sociais foram então combinadas para demonstrar que tipo de efeitos a criminalização pode provocar para além das evidências de mortalidade, e para quais mulheres e meninas.

Após minimizar tais efeitos da ilegalidade do aborto, os expositores contrários à ação buscaram sustentar o que chamaram de o verdadeiro problema de saúde pública – as supostas consequências do aborto legal. Para esse argumento, a maioria das referências foram vagas: citaram-se “sequelas físicas, câncer de mama, esterilidade, depressão, drogadição”, “males e consequências quase irreversíveis, mesmo com acompanhamento médico”, sem qualquer referência às fontes verificadas.<sup>52</sup> As menções mais recorrentes foram a “repercussões psicológicas”, que variaram de alusões à depressão, passando pela suposta síndrome pós-aborto até o suicídio.

O único estudo citado a esse respeito, por apenas um dos expositores que aderiu a essa tese, foi um texto publicado na plataforma aberta SAGE, de autoria de um conhecido ativista anti-aborto estadunidense, que construiu suas conclusões sobre a taxa mais elevada de mortalidade de mulheres que realizaram aborto em comparação com aquelas que levaram a gravidez a termo ao fazer correlações espúrias entre mortes provocadas por acidentes, homicídios e suicídios e o episódio de aborto ocorrido até seis anos antes. A explicação do estudo é que mulheres que interrompem a gestação estariam mais propensas a adotar medidas autodestrutivas ou comportamentos de risco – os danos à saúde física seriam causados, portanto,

---

<sup>52</sup> Trechos das apresentações do Centro de Reestruturação para a Vida (CERVI) e da Associação de Direito de Família, em 3 de agosto de 2018.

por suposto desenvolvimento de um sofrimento mental (Reardon, Thorp, 2017). Nenhum desses detalhes sobre a pesquisa foi mencionado na audiência, que apenas foi apresentada como uma “metanálise de 2017”. Esperava-se que o efeito halo de um vocabulário científico endossasse crenças intuitivas de parte do público já tendente a atribuir efeitos negativos ao aborto.

O Conselho Federal de Psicologia (CFP), por sua vez, ocupou-se em explicar as evidências encontradas por uma força tarefa organizada pela Associação Americana de Psicologia (APA, em inglês), em 2008, sobre as relações entre saúde mental e aborto. Citou-se que foram avaliados todos os estudos publicados sobre o tema em língua inglesa em periódicos com revisão por pares entre 1989 e 2008. A revisão identificou problemas metodológicos na coleta e análise dos dados dessas pesquisas, como, por exemplo, a ausência de contextualização e singularização clínica das mulheres entrevistadas, vieses de amostragem, com utilização de critérios inconsistentes para inclusão ou exclusão de participantes, recurso a grupos de comparação inadequados, como, por exemplo, envolvendo mulheres que não desejavam a gravidez comparados a grupos de mulheres que desejavam a gravidez, além de erros estatísticos e de interpretação dos resultados. A conclusão da força tarefa, apresentada pelo CFP na audiência, foi de que as limitações dos estudos impossibilitavam a validação da relação causal entre a experiência do aborto e danos psíquicos posteriores.<sup>53</sup>

No entanto, não houve a tentativa de afirmar a tese oposta, de que as mulheres jamais relatariam experiências de sofrimento após um aborto provocado. A conclusão foi mais sutil e responsável com aquilo que se pode, de fato, afirmar quando se trata de saúde mental: o CFP afirmou que não é possível adotar o aborto como um evento isolado na vida das mulheres e vivenciado de maneira semelhante por todas, de modo a produzir determinantes sobre as implicações de saúde de sua realização. A multiplicidade das experiências subjetivas vinculadas

---

<sup>53</sup> Para detalhes, ver American Psychological Association (2008).

à interrupção da gestação não pode ser dissociada do contexto social e cultural em que a criminalização da prática incide. Mesmo que estudos rigorosos sejam refeitos para identificar fatores que podem incidir na forma com que cada mulher vive seus processos reprodutivos, a existência de uma lei penal que pune o aborto não poderá estar ausente da análise de processos históricos de produção de adoecimento – e essa é uma das contribuições que uma perspectiva integral em saúde pública pode oferecer ao debate sobre a descriminalização do aborto.

#### ABORTO EM MOMENTO DE PÓS-VERDADE

“Aborto em momento de pós-verdade” foi o título de um comentário publicado por Aziza Ahmed (2017) no periódico *Texas Law Review* em resposta a artigo de Erwin Chemerinsky e Michele Goodwin (2017) na mesma revista, “Aborto: a escolha privada de uma mulher”. As autoras escreviam no primeiro ano de governo Donald Trump nos Estados Unidos, poucos meses após a Suprema Corte do país ter tomado a decisão mais recente sobre aborto, *Whole Women’s Health v. Hellersted*, de 2016. Apesar de a decisão ter sido favorável à proteção do direito ao aborto, inclusive por uma constatação importante de que as restrições de acesso da lei questionada não eram baseadas em evidências, as autoras estavam tomadas pela preocupação sobre os futuros julgamentos de um tribunal que receberia até três futuros ministros indicados pelo novo presidente, abertamente favorável à reversão do direito constitucional ao aborto no país.

O debate entre elas tratava sobre como fortalecer as conquistas sempre incertas de direitos reprodutivos diante da ofensiva conservadora. O principal ponto de Ahmed (2017) foi defender que qualquer estratégia deveria tomar uma postura cética diante do enquadramento do direito ao aborto como derivado de evidências em saúde, uma vez que essas não são neutras como tentou defender o juiz Blackmun no voto majoritário de *Roe v. Wade*, mas podem ser apropriadas para distintas estratégias políticas. Segundo a sua análise, a criação de uma base de

evidências, ainda que quase sempre refutada por pesquisadores especialistas no tema, combinadas a estratégias de apelo emocional pelo movimento anti-aborto, foram as principais responsáveis pelo sucesso da criação de obstáculos de acesso ao procedimento nos últimos 40 anos naquele país.

Embora sua análise seja precisa, há um ponto que pode ser ressaltado: não necessariamente a aposta em construção de argumentos favoráveis à descriminalização do aborto com base em evidências parte do pressuposto de que estas são neutras, ou de que a estratégia de reconhecer sua autoridade vá sempre resultar em um resultado protetivo às mulheres. Como as audiências públicas da ADPF 442 puderam mostrar, há também no Brasil uso estratégico do vocabulário da ciência por atores políticos que não pretendem seguir o rito do método científico para chegar aos dados que citam. Outras análises já identificaram o risco de que, diante de um cenário de tal disputa, julgadores sejam levados pela confusão ou apelo moral dos dados apresentados a decidir casos com base nas evidências mais frágeis (Maistrellis, Chia, Yamin, 2017; Ziegler, 2018). O objetivo dessa análise, no entanto, não é oferecer uma perspectiva normativa sobre como o debate deve ser feito nem mesmo apontar que as audiências indicam o caminho que o julgamento de mérito terá para o caso.

Neste momento, o que é possível constatar é que, ao menos, o embate não se deu nas audiências públicas de 2018 prioritariamente de forma antagônica pela colisão da defesa de direitos inegociáveis em torno a absolutos morais. Esses argumentos, é claro, estiveram presentes, mas abriram espaço à operação ontológica que torna fundamental falar das mulheres, mesmo que para defender a permanência da criminalização. O conflito permanece, em torno à provocação da jurisprudência da incerteza, mas, ao menos diante do Supremo Tribunal Federal, talvez seja mais agonístico que antes.

## EPÍLOGO

Jack Balkin (2019), em artigo recente, buscou compreender por que as tendências acadêmicas de linhas liberal e conservadora nos Estados Unidos haviam, mais de uma vez durante o último século, mudado de posição sobre o controle de constitucionalidade, a supremacia judicial e o papel das cortes em uma democracia. Sua conclusão foi que as alternâncias geracionais de posição refletiam a ascensão e queda de regimes políticos. Não só tinham uma vinculação com aspectos de mais fácil identificação, como o fato de a corte estar, durante determinado período, dominada por juízes indicados por um ou outro partido, mas também se alteravam se o regime político em questão estivesse em seus primeiros anos, em curso médio ou perto do fim. Balkin (2019) identificou que, no começo de um novo regime, ainda que a nova força política majoritária já fosse hegemônica, com frequência seus apoiadores ainda se manteriam céticos com relação ao papel da corte constitucional. A jurisprudência deixada pelos antecessores e a própria presença de juízes indicados pelo regime anterior teriam um lento passo de mudança.

Se sua análise pudesse ser transposta ao Brasil, perceberíamos elementos convergentes: a narrativa de apoio ao regime populista autoritário que chegou ao executivo e ocupou de forma expressiva o legislativo após as eleições de 2018 ainda rejeita a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de revisão judicial como parte da deliberação democrática (Passarelli, 2019; Veja, 2019). Durante o período de campanha eleitoral, os ataques foram particularmente explícitos e de tendência ditatorial, com sugestões de “fechar o Supremo” (Folha de S. Paulo, 2018). O cenário, no entanto, não é monolítico em desconsiderar a importância da corte no arranjo institucional: o presidente em exercício terá direito a definir pelo menos duas vagas de ministros durante o mandato vigente, e já fez um aceno populista

religioso, muito apreciado por sua base, de que ao menos um dos indicados seria “terrivelmente evangélico” (Gortázar, 2019).

Por isso, pode ser que em breve a teoria constitucional e a teoria política brasileira passem a pensar e produzir análises sobre a corte de outra maneira, seguindo a tendência identificada por Balkin (2019), e que esta tese seja classificada como ainda um reflexo tardio do regime anterior, moldada pela memória recente da possibilidade de decisões progressistas de proteção de direitos fundamentais, com crescente atenção da corte a evidências sobre violações de direitos de minorias. Embora possa concordar com essa análise, acredito que o potencial analítico do constitucionalismo agonístico permita ainda duas coisas: primeiro, compreender essas alterações de regime como parte do processo de disputa de hegemonia, que diz mais sobre outros elementos que moldam o conflito do político do que sobre a capacidade particular de cortes de fazer frente a ele, e, segundo, aprofundar a compreensão de que o constitucionalismo não se exerce apenas nas cortes.

Embora a existência de um arranjo institucional voltado a possibilitar a contestação contramajoritária seja fundamental ao constitucionalismo agonístico, e para isso talvez seja inescapável prever a existência de um órgão que cumpra tal função, a própria ideia de que nenhum braço do poder possa monopolizar a interpretação constitucional aponta para que um modo constitucional de decidir possa se dar em outras esferas. Em caso de cooptação populista da corte, pode-se esperar a atuação ainda mais intensa de movimentos sociais em uma perspectiva de constitucionalismo democrático (Post, Siegel, 2007), ou mesmo que outros âmbitos do poder, tradicionalmente majoritários, se abram à possibilidade de contestação. Há possibilidade para isso inclusive no tema do aborto, conforme se viu em declaração recente do presidente da Câmara dos Deputados, sobre o Congresso ter barrado propostas de retrocesso ao aborto legal, mesmo que o parlamento esteja sob expressiva hegemonia de representantes do populismo religioso (Folha de S. Paulo, 2020).

Para além do que acontece dentro das cortes, a lógica de conformação de um argumento contramajoritário de bases constitucionais pode contribuir à configuração de embates agonísticos. Para ser compatível com a revisão constitucional, a demanda não pode ser apresentada apenas como interesse de um grupo – precisa dirigir-se à maioria e aos princípios que fundam o pacto político daquela comunidade para apresentar-se, no mínimo, como parte de sua melhor interpretação (Post, Siegel, 2007). No controle de constitucionalidade, a resistibilidade conceituada por Bonnie Honig (1993) se dá por um processo ambíguo de negação e reivindicação de participação na hegemonia. Não é possível negar completamente o outro, majoritário, se ao mesmo tempo reivindica-se fazer parte dele, ou estar mais próximo dele do que a própria maioria reconhece. Por isso, a reivindicação precisa configurar-se como uma demanda mais agonística que antagônica. Segue em aberto como isso será possível de ser feito em um país sob um momento populista autoritário, em particular para um tema tão mobilizador como aborto. No entanto, é possível compreender que o processo de constitucionalização do debate até aqui forneceu vocabulário e ferramentas para tal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

AHMED, Aziza. Abortion in a Post-Truth Moment: A Response to Erwin Chemerinsky and Michele Goodwin. **Texas Law Review**, Northeastern University School of Law Research Paper n. 300, v. 95, p. 198–203, Sep. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3040096](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040096). Acesso em: 25 nov. 2019.

AHMED, Aziza. Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence. **American Journal of Law and Medicine**, v. 41, n. 1, p. 85-118, jul., 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2508890](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2508890). Acesso em: 18 nov. 2019.

BALKIN, Jack. What Brown Teaches Us About Constitutional Theory, **Virginia Law Review**, v. 90, n. 6, 2004. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/1537.pdf>. Acesso em 20 jan. 2020.

BALKIN, Jack M. Why liberals and conservatives flipped on judicial restraint: judicial review in the cycles of constitutional time. **Texas Law Review**, v. 98, n. 215, p. 215-268, July 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3423135](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3423135). Acesso em: 6 fev. 2020.

BARROSO, Carmem; CUNHA, Maria José Carneiro. **O Que é o Aborto**. Frente de Mulheres Feministas, São Paulo: Cortez, 1980.

BARSTED, Leila Linhares. Legalização e Descriminalização do Aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista, **Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/download/15804/14297>. Acesso em 20 dez. 2019.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 6 fev. 2020.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. Cambridge: Yale University Press, 1986.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em *Roe versus Wade*: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set/dez. 2016.

CALLAHAN, Daniel. How Technology is Reframing the Abortion Debate. **The Hastings Center Report**. Wiley Online Library. First published: February, 1986. Issue Online March, 2012. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3514547>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, sup. 1, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020001305001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305001&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 22 fev. 2020.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-133, dez. 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008&lng=en&nrm=iso). Acesso em 22 fev. 2020.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero (s/d). Disponível em: <https://www.geledes.org.br/enegrecer-o-feminismo-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-partir-de-uma-perspectiva-de-genero/>. Acesso em 12 fev. 2020.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais. In: Sampaio, José Adércio Leite (Org). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASANOVA, José. **Public religions in the modern world**. Chicago, London: The University of Chicago Press, 1994.

CASSERES, Livia Miranda Müller Drummond. Racismo estrutural e a criminalização do aborto no Brasil. **Sur**, v. 15, n. 28, p. 77-85, 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/sur-28.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/sur-28.pdf). Acesso em 20 jan. 2020.

CASTELLS, Manuel. **Rupture: The Crisis of Liberal Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2019.

CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Abortion: A Woman's Private Choice. **Texas Law Review**, UC Irvine School of Law Research Paper, Vol. 95, pp. 1189-1247, 2017. Disponível em: < <https://texaslawreview.org/abortion-a-womans-private-choice/>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

COOK, Rebecca. Gender, Health and Human Rights. **Health and Human Rights**, v. 1, n. 4, 1995, pp. 350–366. Disponível em: [www.jstor.org/stable/4065247](http://www.jstor.org/stable/4065247). Acesso em 03 fev. 2020.

COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; FATHALLA, Mahmoud. **Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CORRÊA, Sonia; REICHMANN, Rebecca. **Population and Reproductive Rights: feminist perspectives from the south**. Londres: ZED Books, 1994.

CORRÊA, Sonia. “Saúde Reprodutiva”, Gênero e Sexualidade: legitimação e novas interrogações. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (orgs.). **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 39-50, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541). Acesso em: 7 fev. 2020.

COUSO, Javier. The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies**. An Institutional Voice for the Poor? p. 61-79, 2006.

CUNHA, Luciana Gross; MACHADO, Marta R. de Assis. Under Pressure but Crucial: The Brazilian Supreme Court under Bolsonaro. In: Symposium – The Brazilian Supreme Court and the Protection of Democracy in the Age of Populism. **Int’l J. Const. L. Blog**, June 27, 2019. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2019/06/symposium-the-brazilian-supreme-court-and-the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-under-pressure-but-crucial-the-brazilian-supreme-court-under-bolsonaro/>. Acesso em 23 ago. 2019.

DALY, Tom Gerald. Populism, public law, and democratic decay in Brazil: understanding the rise of Jair Bolsonaro. **SSRN**, p. 1-22, 11 mar. 2019. Trabalho apresentado em: 14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’, 2-3 de janeiro de 2019, [Jerusalém].

DAMASCO, Mariana Santos; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone. Feminismo negro: raça, identidade e saúde reprodutiva no Brasil (1975-1993). **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 133-151, abril 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em 18 fev. 2020.

DINIZ, Debora. **Conflitos morais e bioética**. Brasília: LetrasLivres, 2001.

DINIZ, Debora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 161-163, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 20 dez. 2019.

DINIZ, Debora. Dignity is a useful concept for bioethics. **Developing World Bioethics**, v. 17, n. 2, p. 62. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/dewb.12151>. Acesso em 20 fev. 2020.

DINIZ, Debora. Symposium – The Brazilian Supreme Court and the protection of democracy in the age of populism: the empirical turn in the Brazilian Supreme Court: getting it right. **Int’l J. Const. L. Blog**, 28 junho 2019. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2019/06/symposium-the-brazilian-supreme-court-and-the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-the-empirical-turn-in-the-brazilian-supreme-court/>. Acesso em: 23 ago. 2019.

DINIZ, Debora; CARINO, Giselle. É injusto acusar movimentos sociais de “judicializar a política”. Coluna, **El País Brasil**, 20 jun. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/20/opinion/1560984612\\_250759.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/20/opinion/1560984612_250759.html). Acesso em 25 ago. 2019.

DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara; GALLI, Beatriz; COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. Zika Virus Infection in Brazil and Human Rights Obligations. **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, v. 136, n. 1, p. 105-110, jan. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2894071>. Acesso em 13 jan. 2020.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 23 jun. 2019.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 23 jun. 2019.

DINIZ, Debora; VÉLEZ, Ana Cristina González. Aborto e razão pública: o desafio da anencefalia no Brasil. **Mandrágora: Gênero, religião e políticas públicas**, v. 13, n. 1, 2007.

DINIZ, Debora; VÉLEZ, Ana Cristina González. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0104-026X2008000200019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-026X2008000200019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 8 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EDWARDS, Alice. The 'Feminizing' of Torture under International Human Rights Law. **Leiden Journal of International Law**. Volume 19, Issue 2, pp. 349-391, June 2006. Published online by Cambridge University Press: 13 July 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/feminizing-of-torture-under-international-human-rights-law/D23CB3ED86018E2DA9B0CC156EA957841>. Acesso em: 28 nov. 2020.

ELIZALDE, Silvia; MATEO, Natacha. Las jóvenes: entre la “marea verde” y la decisión de abortar. **Salud Colectiva**, Lanús, v. 14, n. 3, p. 433-446, jul./sept. 2018. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/scol/2018.v14n3/433-446/es/>. Acesso em: 29 jan. 2020.

FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e a campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. Trabalho apresentado no 10º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Belo Horizonte, Minas Gerais, 30 agosto a 2 de setembro de 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2020.

FIELD, Luke. The abortion referendum of 2018 and a timeline of abortion politics in Ireland to date. **Irish Political Studies**, v. 33, n. 4, p. 608-628, 2018.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Nietzsche, Freud, Marx**. Tradução de Jorge Lima Barreto. São Paulo: Princípio, 1997.

FREIXO, Alexandre de; PINHEIRO-MACHADO, Rosana (org.). **Brasil em transe: bolsonarismo, nova direita e desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, 1993. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>. Acesso em: 8 fev. 2020.

FRIEDMAN, Barry. The counter-majoritarian problem and the pathology of constitutional scholarship. **Northwestern University Law Review**, v. 95, n. 3, p. 933-954, 2001. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/259264389\\_The\\_Counter](https://www.researchgate.net/publication/259264389_The_Counter)

[Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship](#). Acesso em: 8 fev. 2020.

FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **The Yale Law Journal**, v. 112, n.1, 2002. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-birth-of-an-academic-obsession-the-history-of-the-countermajoritarian-difficulty-part-five>. Acesso em 20 nov. 2019.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec. 2005. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=877328](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328). Acesso em: 8 fev. 2020.

GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (coord.). **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 203-218.

GEORGE, Robert. **In defense of natural law**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

GLENDON, Mary Ann. **Conceptualization of the person in American Law**. Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 11, Vatican City, 2006.

GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science**, v. 8, pp. 425-451, 2005. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.polisci.8.082103.104905>. Acesso em: 28 nov. 2019.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional democracy in crisis? Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional democracy in crisis?** Cambridge: Oxford University Press, 2018.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before (and after) Roe v. Wade: new questions about backlash. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 8, p. 2028-2087, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41149586?seq=1>. Acesso em: 11 fev. 2020.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Before Roe v. Wade:** voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling. New Haven: Yale Law Library, 2012.

GÓES, Emanuelle Freitas; MENEZES, Greice M. S.; ALMEIDA, Maria-da-Conceição C.; ARAÚJO, Thália Velho Barreto de; ALVES, Sandra Valongueiro; ALVES, Maria Teresa Seabra Soares Britto e; AQUINO, Estela M. L. Vulnerabilidade racial e barreiras individuais de mulheres em busca do primeiro atendimento pós-aborto. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020001305006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305006&lng=en&nrm=iso). Acesso em 18 fev. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Metaphilosophy**, v. 41, n. 4, p. 464-480, July 2010. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9973.2010.01648.x/abstract>. Acesso em: 20 jan. 2020.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/788/0084\\_LFeBk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf). Acesso em 05 mai. 2019.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**. n. 5, p. 7-41, 1995. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773/1828>. Acesso em: 11 fev. 2020.

HENDERSON, Laura. **Courts, Crisis and Contestation: Democratic Judicial Decision-Making in Times of Crisis**. Tese de Doutorado. Vrije Universiteit. 2018.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. Courts as Bulwarks of Secularism. *In*: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. (eds.) **Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective**. Cambridge, 2013.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **The Annual Review of Political Science**, v. 11, n. 1, p. 93-118, 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1138008](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008). Acesso em: 11 fev. 2020.

HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. Competing orders? The challenge of religion to modern constitutionalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, p. 425-455, 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/competing-orders-challenge-religion-modern-constitutionalism>. Acesso em: 11 fev. 2020.

HONIG, Bonnie. **Political theory and the displacement of politics**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1993.

HONIG, Bonnie. An Agonist's Reply, **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, v. 2, 2008.

HONIG, Bonnie. **Emergency Politics: Paradox, Law, Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

JASANOFF, Sheila. Introduction. *In*: JASANOFF, Sheila (ed.). **Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age**. Cambridge, London: The MIT Press. 2011a.

JASANOFF, Sheila. Making the Facts of Life. *In*: JASANOFF, Sheila (ed.). **Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age**. Cambridge, London: The MIT Press. 2011b.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLARMAN, Michael. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994. Acesso em 15 fev. 2020. doi:10.2307/2080994.

KLARMAN, Michael. **From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality**. New York: Oxford University Press, 2004.

KOMMERS, Donald P. Autonomy, dignity and abortion. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 441-458.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**, v. 101, p. 113-183, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1984060> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060>. Acesso em 15 out. 2019.

LEMAITRE, Julieta. By reason alone: Catholicism, constitutions and sex in the Americas. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 2, p. 493-511, 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/10/2/493/666043>. Acesso em: 5 dez. 2019.

LEMAITRE, Julieta. Catholic constitutionalism on sex, women and the beginning of life. *In*: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. (ed.). **Abortion law in transnational perspective: cases and controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 239-257.

LUKER, Kristin. **Abortion and the Politics of Motherhood**. University of California Press. 1984.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; BRACANENSE, Ana Carolina. O caso do feto anencefálico: direitos sexuais e reprodutivos, confronto e negociação argumentativa no Supremo Tribunal Federal. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 677-714, 2016. Disponível em: <https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25165>. Acesso em: 25 jan. 2020.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60973>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. **BMJ** (online) 327(7429): 1419-1420, Dec., 2003. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14684633>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MADEIRO, Alberto; DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil: um estudo nacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, 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: 28 jun. 2019.

MAISTRELLIS, Emily; CHIA, Victoria; YAMIN, Alicia Ely. **Perils and possibilities: Reflections on the Use of Scientific Evidence in Abortion Court Cases and Why the Public Health Community Should Care**. Working Paper. 2016.

MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michel. Introduction. *In*: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutional secularism in an age of religious revival**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. xv-xxxii.

MCCANN, Michael. Reform Litigation on Trial. **Law & Social Inquiry**, v. 17, n. 4, p. 715–743, 1992. Acesso em 15 fev. 2020. doi:10.1111/j.1747-4469.1992.tb00637.x.

MCCANN, Michael. Law and social movements: contemporary perspectives. **Annu. Rev. Law Soc. Sci.**, v. 2, p. 17-38, 2006. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.2.081805.105917#article-denial>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 4, p. 655–724, 2008. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. Is it all about the last word? Deliberative separation of powers I. **Legisprudence**, v. 3, n. 1, p. 69-110, 2009a. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911822](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822). Acesso em: 16 fev. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers II. **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009b. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911835](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835). Acesso em: 16 fev. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word: deliberative separation of powers III. **Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1-40, 2011. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911852](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852). Acesso em: 16 fev. 2020.

MENDES, Conrado Hübner; BENVINDO, Juliano Zaiden. I-CONnect Symposium: The Brazilian Supreme Court and the Protection of Democracy in the Age of Populism: Introduction. **Int'l J. Const. L. Blog**, 26 junho, 2019, em:

<http://www.iconnectblog.com/2019/06/i-connect-symposium-the-brazilian-supreme-court-and-the-protection-of-democracy-in-the-age-of-populism-introduction/>. Acesso em 23 ago. 2019.

MEYER, David S.; STAGGENBORG, Suzanne. Movements, Countermovements, and the Structure of Political Opportunity. **American Journal of Sociology**, v. 101, n. 6, p. 1628-1660, May, 1996. Published by: The University of Chicago Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2782114?seq=1>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MICHELSEN, Danny. Agonistic democracy and constitutionalism in the age of populism. **European Journal of Political Theory**, p. 1-21, 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1474885119871648#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opin. Pública**, Campinas, v. 23, n. 1, p. 230-260, 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762017000100230&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762017000100230&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 16 fev. 2020.

MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London: Verso, 2000.

MOUFFE, Chantal. **Agonistic: thinking the world politically**. London: Verso, 2013.

MOUFFE, Chantal. **For a left populism**. London: Verso, 2018.

MOYN, Samuel. The Secret History of Constitutional Dignity. **Yale Human Rights & Development**, v. XVII, n. 1, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol17/iss1/2>. Acesso em 20 jan. 2020.

MUDDE, Cas; ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal. **Populism: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

NAVIA, Patricio; RÍOS-FIGUEROA, Julio. The constitutional adjudication mosaic of Latin America. **Comparative Political Studies**, v. 38, n. 2, p. 189-217, 2005. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0010414004271082#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 16 fev. 2020.

NEJAIME, Douglas, Winning Through Losing. **Iowa Law Review**, v. 96, n. 3, p. 941, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1592667>. Acesso em 17 jan. 2020.

NEJAIME, Douglas. The legal mobilization dilemma. **Emory Law Journal**, v. 61, n. 4, p. 663-736, 2012. Disponível em: [https://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/61/4/contents/nejaime.pdf](https://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/61/4/contents/nejaime.pdf). Acesso em: 16 fev. 2020.

NIARCHOS, Catherine N. Women, War, and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia. **Human Rights Quarterly**, v. 17, n. 4, p. 649-690, nov., 1995. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/762485?seq=1>. Acesso em: 28 jan. 2020.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NUNES, Maria das Dores Sousa; MADEIRO, Alberto; DINIZ, Debora. Mortes maternas por aborto entre adolescentes no Piauí, Brasil. **Saúde Debate**. Rio de Janeiro, v. 43, n. 123, p. 1132-1144, 2019.

OLIVEIRA, Fátima. **Oficinas mulher negra e saúde**. Manual. Belo Horizonte: Mazza Edições, 1998.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional deliberation in Congress**: the impact of judicial review in a separated system. Durham: Duke University Press, 2004.

PIERCESON, Jason. Deconstructing the Backlash: Same-Sex Marriage Litigation and Social Change. In: CROCKER, Adriana, PIERCESON, Jason, SCHULENBERG, Shawn (eds). **Same-Sex Marriage in the Americas**. Lanham, MD: Lexington Books, 2010.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

PIS DIEZ, Nayla María. La marea verde/violeta, lo popular y el contexto: una reconstrucción y algunos elementos sobre el movimiento feminista en Argentina. **Revista Libertas**, Juiz de Fora, v. 19, n. 2, p. 342-361, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/libertas/article/view/28896/19926>. Acesso em: 29 jan. 2020.

PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 20-21, junho 2012. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso). Acesso em 30 jan. 2020.

PITANGUY, Jacqueline. O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (orgs.). **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 19-38, 1999.

PITANGUY, Jacqueline. Advocacy e direitos das mulheres no Brasil. In: **Direitos reprodutivos e sistema judiciário brasileiro**. São Paulo: Oficina Editorial, p. 35-47, 2010.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em:

[https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf). Acesso em: 16 fev. 2020.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ROBERTSON, John A. Science Disputes in Abortion Law. **Texas Law Review**, v. 93, U of Texas Law, Public Law Research Paper, N° UTPUB633, July 8, 2015. Disponível em: [http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Robertson.Final\\_.pdf](http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Robertson.Final_.pdf). Acesso em: 23 jan. 2019.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 2008.

ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal. **Populism vs. Constitutionalism?** Comparative Perspectives on Contemporary Western Europe, Latin America and the United States. Policy Brief. The Foundation for Law, Justice and Society, 2013. Disponível em: <https://www.fljs.org/files/publications/Kaltwasser.pdf>. Acesso em 04 fev. 2020.

RUIBAL, Alba M. Movilización y contra-movilización legal: propuesta para su análisis en América Latina. **Política y gobierno**, México, v. 22, n. 1, p. 175-198, 2015a. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-20372015000100006](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372015000100006). Acesso em: 16 fev. 2020.

RUIBAL, Alba M. Social movements and constitutional politics in Latin America: reconfiguring alliances, framings and legal opportunities in the judicialization of abortion rights in Brazil. **Contemporary Social Science**, v. 10, n. 4, p. 375–385, 2015b. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2857131](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857131). Acesso em: 16 fev. 2020.

SCHACTER, Jane S. Courts and the Politics of Backlash: Marriage Equality Litigation, Then and Now. **Southern California Law Review**. v. 82, Sept., 2009. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/228188647\\_Courts\\_and\\_the\\_Politics\\_of\\_Backlash\\_Marriage\\_Equality\\_Litigation\\_Then\\_and\\_Now](https://www.researchgate.net/publication/228188647_Courts_and_the_Politics_of_Backlash_Marriage_Equality_Litigation_Then_and_Now). Acesso em: 28 jan. 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SIEGEL, Reva B. The jurisgenerative role of social movements in United States constitutional law. **Seminario en Latino América de Teoría Constitucional y Política (SELA)**, p. 1-22, 2004. Trabalho apresentado no Seminario en Latino América de Teoría Constitucional y Política (SELA), de 10 a 12 de junho, 2004, Oaxaca, México. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_Jurisgenerative\\_Role\\_of\\_Social\\_Movements.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_Jurisgenerative_Role_of_Social_Movements.pdf). Acesso em: 16 fev. 2020.

SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA. **California Law Review**, v. 94, n. 5, p. 1323-1419, 2006. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2125&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2125&context=fss_papers). Acesso em: 20 dez. 2019.

SIEGEL, Reva B. Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart. **The Yale Law Journal**, v. 117, pp.1694-1800, 2008. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol117/iss8/2/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SIEGEL, Reva B. Dignity and the Abortion Debate. **SELA**, June 2009. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Siegel\\_Eng\\_PV\\_signed.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Siegel_Eng_PV_signed.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

SIEGEL, Reva B. Dignity and sexuality: claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 2, p. 355-379, 2012. Disponível em:

[https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_DignitySexuality.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_DignitySexuality.pdf).

Acesso em: 20 dez. 2019.

SIEGEL, Reva B. Dignity and the Duty to Protect Unborn Life. **Public Law Working Paper**, Nº 192, p.513-527, 2013. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_DignityandDuty\\_pub.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_DignityandDuty_pub.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

SIEGEL, Reva B. The constitutionalization of abortion. *In*: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. (ed.). **Abortion law in transnational perspective: cases and controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 13-35.

SIFRIS, Ronli. **Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights: Challenging the Masculinisation of Torture**. New York: Routledge, 2014.

STEARNS, Marc. Death shall have no dominion: humanism, realism and agonism in Virginia Woolf and Dylan Thomas. **Contemporary Political Theory**, v. 13, n. 2, p. 193-208, 2014. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/279015083\\_Death\\_shall\\_have\\_no\\_dominion\\_Humanism\\_realism\\_and\\_agonism\\_in\\_Virginia\\_Woolf\\_and\\_Dylan\\_Thomas](https://www.researchgate.net/publication/279015083_Death_shall_have_no_dominion_Humanism_realism_and_agonism_in_Virginia_Woolf_and_Dylan_Thomas). Acesso em: 16 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

TILLEY, Elizabeth; WALMSLEY, Jan; EARLE, Sarah; ATKINSON, Dorothy. 'The silence is roaring': sterilization, reproductive rights and women with intellectual disabilities. **Disability & Society**, v. 27, n. 3, abril 2012. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09687599.2012.654991>. Acesso em 10 fev.2020.

TUSHNET, Mark V. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000.

TUSHNET, Mark V. New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy-based worries. **Wake Forest Law Review**, v. 38, p. 813-838, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

UNDURRAGA, Veronica. Criminalisation under scrutiny: how constitutional courts are changing their narrative by using public health evidence in abortion cases. **Sexual and Reproductive Health Matters**, v. 27, n. 1, Jun., 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/26410397.2019.1620552>. Acesso em: 03 dez. 2019.

UNDURRAGA, Veronica. Proportionality in the constitutional review of abortion law. In: COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. (Eds.). **Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014, p. 77-97.

URBINATI, Nadia. The context of secularism: a critical appraisal of the post-secular argument. In: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutional secularism in an age of religious revival**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 14-32.

VAGGIONE, Juan Marco. La ‘cultura de la vida’. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos. **Religião e Sociedade**, v. 32, n. 2, p. 57-80, 2012.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>. Acesso em: 16 fev. 2020.

WEITZ, Tracy. Producing and Mobilizing Science to Oppose Abortion Rights in the United States. **Western Humanities Review Special**, Issue: Health Rights at the Crossroads: Women, New Science and Institutional Violence, v. LXVI, n. 3, 2012. Disponível em: [https://www.law.berkeley.edu/files/Weitz\\_-\\_Producing\\_and\\_Mobilizing\\_Science\\_to\\_Oppose\\_Aborton\\_Rights\\_.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/Weitz_-_Producing_and_Mobilizing_Science_to_Oppose_Aborton_Rights_.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

WERNECK, Jurema. Nossos passos vêm de longe! Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo In: **Vents d'Est, vents d'Ouest: Mouvements de femmes et féminismes anticoloniaux**. Genebra: Graduate Institute Publications, 2009. Disponível em: <http://books.openedition.org/iheid/6316>. Acesso em 13 jan. 2020.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 535-549, set. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902016000300535&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000300535&lng=en&nrm=iso). Acesso em 18 fev. 2020.

WEST, Robin. From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights. **The Yale Law Journal**, v. 118, n. 7, p. 1394-1432, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=facpub>. Acesso em: 16 fev. 2020.

WHITTINGTON, Keith E. Constitutional constraints in politics. In: KAUTZ, Steven *et al.* (ed.) **The Supreme Court and the idea of constitutionalism**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2009. p. 221-234.

ZAGREBELSKY, Gustavo. One Among Many? The Catholic Church Between Universalism and Pluralism. *In*: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutional secularism in an age of religious revival**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 14-32.

ZAMPAS, Christina; GHER, Jaime. Abortion as a Human Right – International and Regional Standards. **Human Rights Law Review**, v. 8, n. 2, p. 249-294, 2008.

ZIEGLER, Mary. The Jurisprudence of Uncertainty: Knowledge, Science, and Abortion. **Wisconsin Law Review**, n. 3, p. 317-367, may, 2018. Disponível em: <http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2018/05/Ziegler-Final.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ZUREICK, Alyson. (En)Gendering Suffering: Denial of Abortion as a Form of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment. **Fordham International Law Journal**, v. 38, n. 1, Mar., 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2579416](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2579416). Acesso em: 18 jan. 2020.

#### FONTES

ALEMANHA. Federal Constitutional Court. BVerfGE 39,1 - Abortion I. [Karlsruhe], 25 fev. 1975. Disponível em: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528\\_2bvf000290en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html). Acesso em: 19 fev. 2020.

ALEMANHA. Federal Constitutional Court. 2 Bvf 2/90 – Abortion II. [Karlsruhe], 28 maio 1993. Disponível em: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528\\_2bvf000290en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html). Acesso em: 19 fev. 2020.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Report of the Task Force on Mental Health and Abortion.** Washington, D.C., 2008. Disponível em: <https://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf>. Acesso em 14 out. 2019.

AUDIÊNCIA Pública - Descriminalização do aborto. [S. l.: s. n.], 2018. 1 vídeo (4:33:45). Terceira parte da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em que o PSOL questiona os artigos 124 e 126 do Código Penal que criminalizam a prática do aborto. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=a2\\_4-xvdWYc](https://www.youtube.com/watch?v=a2_4-xvdWYc). Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade.** Centro de Referências Memórias Reveladas, Arquivo Nacional. 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em 20 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de junho de 2004a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 de agosto de 2004b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=147&dataPublicacaoDj=02/08/2004&incidente=3713188&codCapitulo=6&numMateria=103&codMateria=2>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de questão de ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 27 de abril de 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=147&dataPublicacaoDj=02>

[/08/2004&incidente=3713188&codCapitulo=6&numMateria=103&codMateria=2.](#) Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 16 fev. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Carta das mulheres à Assembleia Nacional Constituinte de 1987**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em 20 dez. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución n. 23/81**: caso n. 2141. 1981. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>. Acesso em: 9 fev. 2020.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Por uma nova ordem constitucional**: declaração pastoral. São Paulo: Edições Paulinas, 1986.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Roe v. Wade, 410 US 113. Washington, D.C., 22 jan. 1973a. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/108713/roe-v-wade/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Doe v. Bolton, 410 U.S. 179. Washington, D.C., 22 jan. 1973b. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/108714/doe-v-bolton/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833. Washington, D.C., 29 jun. 1992. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/112786/planned-parenthood-of-southeastern-pa-v-casey/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914. Washington, D.C., 28 jun. 2000. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/118387/stenberg-v-carhart/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124. Washington, D.C., 18 apr. 2007. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/145744/gonzales-v-carhart/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo**, FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%b3meros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 19 fev. 2020.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **K.L (represented by the organizations DEMUS, CLADEM and Center for Reproductive Law and Policy) v. Peru**. 24 de outubro de 2005. Disponível em: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/KL%20HRC%20final%20decision.pdf>. Acesso em 20 jan. 2020.

JOÃO PAULO II, Papa. **Carta encíclica “Evangelium Vitae”**: sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. São Paulo, Loyola, 1995. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html). Acesso em: 24 dez. 2019.

REARDON, David C.; THORP, John M. Pregnancy associated death in record linkage studies relative to delivery, termination of pregnancy, and natural losses: A systematic review with a narrative synthesis and meta-analysis. **SAGE Open Medicine**, v. 5: 1-17, 2017. Disponível em:

[https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5692130/pdf/10.1177\\_2050312117740490.pdf](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5692130/pdf/10.1177_2050312117740490.pdf). Acesso em 24 set. 2019.

UNFPA. **Programme of Action of the International Conference on Population Development**. 20th Anniversary Edition, 2014. Disponível em: [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme\\_of\\_action\\_Web%20ENGLISH.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf). Acesso em 20 fev. 2020.

## NOTÍCIAS

BARBOSA, Renan. STF já conta ao menos 10 ações para liberar ideologia de gênero em escolas. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 16 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/stf-ja-conta-ao-menos-10-acoes-para-liberar-ideologia-de-genero-em-escolas/>. Acesso em: 24 jan. 2019.

BRÍGIDO, Carolina; FERREIRA, Paula. Na véspera do julgamento sobre homofobia, bancada evangélica é recebida no STF. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/na-vespera-do-julgamento-sobre-homofobia-bancada-evangelica-recebida-no-stf-23448031>. Acesso em: 24 jan. 2019.

O ESTADO DE S. PAULO. O STF não pode criar leis. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 2 jun. 2019. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-stf-nao-pode-criar-leis,70002852968>. Acesso em: 24 ago. 2019.

FOLHA DE S. PAULO. Aborto em pauta. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinioao/2018/07/aborto-em-pauta.shtml>. Acesso em 24 ago. 2019.

FOLHA DE S. PAULO. Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 21 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>. Acesso em 20 fev. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. Maia diz que Câmara tem barrado retrocessos em leis sobre aborto legal. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/maia-diz-que-camara-tem-barrado-retrocessos-em-leis-sobre-aborto-legal.shtml>. Acesso em 20 fev. 2020.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. Um ministro “terrivelmente evangélico” a caminho do Supremo Tribunal Federal. **El País Brasil**, Madrid, 10 jul. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946\\_406680.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946_406680.html). Acesso em 20 fev. 2020.

PASSARELLI. CPI da Lava Toga: o que é e qual seu objetivo? **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 13 set. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cpi-da-lava-toga-o-que-e-e-qual-seu-objetivo,70003009385>. Acesso em: 24 jan. 2019.

VEJA. Manifestantes pedem impeachment de ministros do STF. **Veja**, São Paulo, 17 nov. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/manifestantes-pedem-impeachment-de-gilmar-e-toffoli/>. Acesso em: 24 jan. 2019.