

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

TAÍS SOFIA CUNHA DE BARROS PENTEADO

**A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO NA CHAVE DA
IGUALDADE**

SÃO PAULO

2020

TAÍS SOFIA CUNHA DE BARROS PENTEADO

**A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO NA
CHAVE DA IGUALDADE**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento
pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Escola de
Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

Área de conhecimento: Instituições do Estado Democrático de
Direito e Desenvolvimento Político e Social.

Orientador: Prof. Dr. Dimitri Dimoulis

Coorientadora: Prof^a Dra. Marta Rodriguez de Assis Machado

SÃO PAULO

2020

Penteado, Taís Sofia Cunha de Barros.

A questão do aborto no Brasil: uma discussão na chave da igualdade / Taís Sofia Cunha de Barros Penteado. - 2020.

Digite aqui o total de folhas f.173

Orientador: Dimitri Dimoulis.

Co-orientador: Marta Rodriguez de Assis Machado.

Dissertação (mestrado) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Aborto - Legislação - Brasil. 2. Feminismo. 3. Teoria feminista. 4. Igualdade. I. Dimoulis, Dimitri. II. Machado, Marta Rodriguez de Assis. III. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo. IV. Fundação Getulio Vargas. V. Título.

CDU 396(81)

TAÍS SOFIA CUNHA DE BARROS PENTEADO

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

Área de conhecimento: Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político e Social.

Orientador: Prof. Dr. Dimitri Dimoulis

Coorientadora: Prof Dr. Marta Machado

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis (orientador)

FGV – Direito SP

Prof. Dra. Marta Machado (coorientadora)

FGV – Direito SP

Prof. Dra. Ana Lucia Sabadell

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dra. Soraya Gasparetto Lunardi

Universidade Estadual Paulista

Prof. Dra. Juliana Cesário Alvim Gomes

Universidade Federal de Minas Gerais

Este trabalho foi realizado com apoio da Fundação Getulio Vargas, através da Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Processo nº 2019/07715-1, FAPESP)

*Dedico essa dissertação aos meus pais,
Adriana e José Cassio*

AGRADECIMENTOS

Apesar de o programa de mestrado da GV durar dois anos, comecei a trabalhar nessa dissertação há seis. Tudo começou em 2015, quando entrei na sala do professor Dimitri para falar sobre músicas machistas da atlética da faculdade e saí com um projeto de pesquisa para iniciação científica: analisar a ADPF 54 a partir de *perspectivas feministas*. Da ADPF 54 eu sabia um pouco – sabia que o caso tinha sido julgado em 2012 (ano em que entrei na faculdade) e que o STF havia decidido pela inconstitucionalidade da aplicação do conjunto normativo que criminaliza o aborto no Brasil a casos de anencefalia fetal. Sobre as perspectivas feministas – em direito?! -, por outro lado, eu sabia muito pouco. Nessa primeira conversa, o professor Dimitri apenas imprimiu dois textos, me emprestou um livro e disse: “comece lendo MacKinnon, dra. Taís” (me lembro como se fosse ontem).

A iniciação durou um ano e, nesse período, muitas coisas cresceram em mim. A vontade de aprender e de contribuir para o conhecimento no mundo foi uma delas. A descrença no direito foi outra. A crença no direito, outra. O feminismo, mais uma. Mas, a maior delas foi o sentimento de injustiça que sinto quando penso (ou vejo, ou escuto, ou sinto) em como mulheres vivem em um mundo que as (nos) maltrata por serem mulheres.

Acabei a iniciação em 2016 e só em 2018 decidi prestar mestrado. Nessa época, por algum motivo, o tema do aborto me desanimou. Aliás, gênero, em geral, me desanimou. Mas, eis que recebo um e-mail (também do professor Dimitri) me contando sobre um Congresso que ocorreria em novembro daquele ano no Rio de Janeiro, que teria Catharine MacKinnon como convidada especial. Fui ao Congresso como quem não quer nada e, com a cabeça borbulhando, voltei com um projeto de mestrado. Hoje, eu entrego o produto final desse projeto, mas, aqui nesse espaço, quero relembrar o processo e agradecer a todos que fizeram parte dele:

À FAPESP, por ter apostado no meu trabalho e me concedido a bolsa que permitiu com que eu me dedicasse integralmente a esse projeto.

À Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, não só pela bolsa concedida, mas também e, principalmente, pelo acolhimento e por ter sido, nos últimos oito anos, uma verdadeira escola, que, como diria Paulo Freire é, “*sobretudo, gente*” – alunas, alunos, professoras, professores, funcionárias e funcionários. Dentre as pessoas que cruzaram o meu caminho durante o processo do mestrado, agradeço aos meus colegas de turma, aos meus

colegas do Núcleo de Justiça e Constituição e às minhas colegas do grupo de estudos de direito e gênero, pelas discussões e cafés. Agradeço também às professoras e professores que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação, não só enquanto acadêmica, mas também enquanto pessoa. Nesse processo, as aulas de metodologia ministradas pelas professoras Luciana Gross Cunha, Flavia Portella Püschel e Maíra Rocha Machado foram essenciais, bem como a aula de formação em educação jurídica, ministrada pelo professor José Garcez Ghirardi. Por todos os conselhos e incentivos, agradeço também à professora Mariana Pargendler. À professora Soraya Lunardi, agradeço a leitura cuidadosa e os comentários valiosos na banca de qualificação e na banca de defesa. Às professoras Ana Lucia Sabadell e Juliana Cesario Alvim Gomes, agradeço pela participação e pelos comentários ao trabalho na banca de defesa. A banca foi um momento de reflexão que em muito enriqueceu o trabalho.

À professora Marta, agradeço pelo diálogo, pela leitura sempre cirúrgica e pelos comentários nas diversas versões do trabalho que, a cada conversa, dava um passo a mais em direção à sua melhor versão: a versão mais refinada, mais rigorosa, mais organizada, mais clara e com mais conteúdo. Ao professor Dimitri, que me orienta na academia e na vida há tanto tempo, tenho muito a agradecer, mas aqui quero agradecer por ter me ensinado a estudar e, principalmente, a pensar livremente e a discutir ideias. Aos dois, em conjunto, agradeço por me darem ferramentas para olhar criticamente para o mundo e para lutar contra injustiças da melhor maneira possível. Vocês são exemplos diários do tipo de acadêmica e professora que quero me tornar: alguém que observa o direito com rigor de forma atenta a desigualdades, que constrói conhecimento de maneira não alienada do mundo, que reflete sobre o que significa ser professor de direito em um país como o Brasil. Alguém que se preocupa em fazer a diferença, através das ideias, do trabalho duro e das ações e que se preocupa com o crescimento de outras pessoas. Muito obrigada.

À Elba e Di e a todos os meus amigos queridos, agradeço pelo carinho.

Ao João, agradeço pelo companheirismo, pelo apoio e pela leveza nessa jornada.

Às minhas irmãs, Thereza e Antonia, agradeço pelo nosso dia a dia, nossas risadas e por saber que nunca estou sozinha.

Aos meus pais, Adriana e José Cassio, agradeço pelo amor incondicional, pelo apoio ilimitado e por acreditarem em mim sempre. Todas as minhas conquistas são suas também.

(...) Like love we don't know where or why,

Like love we can't compel or fly,

Like love we often weep.

Like love we seldom keep.

Law Like Love, W. H. Auden

RESUMO

A presente dissertação procura contribuir para o debate sobre aborto no Brasil pela apresentação crítica de um argumento pró-legalização do aborto na chave da igualdade, construído a partir de perspectivas radicais pela advogada feminista Catharine MacKinnon. Trata-se, em linhas gerais, de um argumento que enxerga a criminalização do aborto como fruto e reprodutora de assimetrias de poder. Para tal, o trabalho é dividido em duas partes. Na primeira parte, apresentamos uma interpretação construtiva de sua argumentação sobre aborto. Ou seja, analisamos sua argumentação à luz de críticas de autoras também feministas (críticas feministas antiessencialistas, interseccionais e da agência parcial), buscando extrair da argumentação de MacKinnon o que há de mais valioso, o que, a nosso ver, é a sua radicalidade, que se encontra no método adotado, em sua visão de igualdade e em sua forma de analisar conceitos e categorias fundamentais do direito. Na segunda parte, tentamos refletir sobre o Brasil à luz das contribuições trazidas pela visão radical do aborto. Primeiro, analisamos a jurisprudência sobre direitos reprodutivos que tem se formado nos últimos anos, bem como a ação que visa descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, pendente de julgamento no STF. Por fim, adotamos o enquadramento radical para propor um argumento brasileiro pró-legalização do aborto na chave da igualdade— o que fizemos através da apresentação de uma *Amica Curiae* Radical.

Palavras-chave: Aborto; Teoria Feminista do direito; feminismo radical; igualdade substantiva; estruturas interligadas de dominação

ABSTRACT

This dissertation aims to contribute to the Brazilian debate on abortion by critically presenting an equality-based argument for the legalization of the practice, constructed from radical perspectives by the feminist lawyer Catharine MacKinnon. In general, MacKinnon argues that the criminalization of abortion violates equality to the extent it stems from and reproduces asymmetries of power. To this end, the work is divided into two parts. In the first part, we present a constructive interpretation of the equality-based argument on abortion. In other words, we analyze it in light of criticisms made by other feminist authors (anti-essentialist, intersectional and partial agency criticisms), seeking to extract from MacKinnon's argument what is most valuable, which, in our view, is the radicalism found in the method adopted, in its vision of equality and in its way of analyzing fundamental concepts and categories of law. In the second part, we try to reflect on Brazil in light of the contributions brought by the radical perspective on abortion. First, we analyze the jurisprudence on reproductive rights that has been evolving in recent years, as well as the action that aims to decriminalize abortion until the 12th week of pregnancy, pending judgment in STF. Finally, we adopt the radical equality-based framework to propose a Brazilian argument for legalizing abortion, through the presentation of a Radical *Amica Curiae*.

Key-words: Abortion; Feminist Legal Theory; Radical Feminism; Substantive Equality; Interlocking inequalities

SUMÁRIO

Introdução.....	14
Parte I. A interpretação da argumentação de MacKinnon sobre aborto à melhor luz	
Capítulo 1. Proposta: interpretação à melhor luz.....	19
Capítulo 2. A Teoria Feminista de Estado de Catharine MacKinnon e sua Teoria Feminista do Direito.....	21
Capítulo 3. Críticas feministas ao trabalho de MacKinnon.....	28
3.1. Contraponto antiessencialista à universalização de experiências.....	29
3.2. Contraponto interseccional.....	33
3.3. Contraponto da agência parcial.....	36
3.4. Crítica à qualidade da apresentação dos dados.....	40
Capítulo 4. Interpretação à melhor luz de Roe v. Wade: A Study in Male Ideology.....	41
4.1. O argumento.....	41
4.2. Interpretação à melhor luz.....	46
4.2.1. O argumento no contexto mais amplo da obra.....	47
4.2.2. As fontes da construção de conhecimento de baixo para cima.....	47
4.2.3. A essencialização da sexualidade e a falta de agência sexual.....	51
4.2.4. A ideologia da divisão público/privado e o direito à privacidade.....	55
4.3. As contribuições do argumento.....	64
Capítulo 5. Interpretação à melhor luz de Reflections on Sex Equality Under Law.....	66
5.1. O argumento.....	66
5.2. O argumento no contexto mais amplo da obra.....	70
5.3. Interpretação à melhor luz.....	70
5.3.1. As fontes da construção de conhecimento de baixo para cima.....	70

5.3.2. O caráter “masculino” do direito e o “ponto de vista das mulheres”.....	73
5.3.3. As mulheres do “ponto de vista das mulheres”	77
5.3.4. A criminalização do aborto como problema de igualdade de <i>gênero</i>	82
5.3.5. Agência e Igualdade.....	96
5.4. As contribuições do argumento.....	102
Parte II. Em direção a uma nova perspectiva para o Brasil: o aborto na chave da igualdade substantiva	
Capítulo 6. Análise radical da jurisprudência sobre aborto no Brasil.....	104
6.1. A visão da relação existe entre mulher e feto.....	105
6.2. Os princípios utilizados.....	106
Capítulo 7. Análise radical do tratamento do aborto na ADPF 442.....	113
Capítulo 8. Em direção a uma nova formulação: uma <i>Amica Curiae Radical</i>	118
Conclusão.....	157
Referências.....	160

INTRODUÇÃO

A prática do tipo de aborto é criminalizada no Brasil pelo conjunto normativo representado pelos arts. 124 e 126 do Código Penal de 1940¹, sendo apenas admitida: quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante², quando a gravidez resultar de estupro³, ou em casos de anencefalia fetal⁴.

A pauta do aborto há muito vem sendo articulada por movimentos feministas nas mais diversas arenas. Fazendo uma retomada histórica sobre o início das mobilizações, Leila Barsted posiciona o início da luta nos anos 1970, em meio à ditadura militar. Nesse contexto, movimentos feministas encontravam entraves não só em críticas vindas de setores religiosos, como também da própria esquerda, que considerava a pauta do aborto secundária em comparação às pautas relacionadas à redemocratização do Brasil. Mas, independentemente desse contexto, o movimento feminista conseguiu florescer no Brasil⁵.

Nos anos 1980, o direito ao aborto foi articulado como algo inerente à autonomia da vontade, à não intervenção nos corpos femininos, à saúde de mulheres, principalmente à de mulheres pobres que recorriam a abortos clandestinos em condições precárias. Ainda, a pauta se fortaleceu com o avanço da ciência que, em contraposição ao que ocorria na época da promulgação do Código Penal, já permitia identificar com precisão a existência de anomalias fetais que inviabilizavam a vida do feto. Por fim, a questão do aborto foi articulada de maneira integrada à implementação de um sistema de saúde que prezasse pela orientação sexual e que possibilitasse o acesso a contraceptivos⁶.

A partir daí, a luta continuou, marcada por avanços, recuos e o estabelecimento de uma vocação política para a negociação⁷. Esse padrão se manteve ao longo dos anos, primeiramente nas arenas do legislativo e executivo. Em 2003 movimentos sociais começaram a atuar também

¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 124 e 126. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, de acordo com o Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe-o provoque: (Vide ADPF 54) pena - detenção, de um a três anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: pena – reclusão, de um a quatro anos.

² Art. 128, CP Não se pune o aborto praticado por médico: II - se não há outro meio de salvar a vida da mãe.

³ Art. 128, II CP Não se pune o aborto praticado por médico – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁴ Excludente acrescentada judicialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Sentença. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54. Ministro-relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de abril de 2013.

⁵ BARSTED, L. Legalização e Descriminalização do Aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. Estudos Feministas, Rio de Janeiro, nº 0, p. 104, 1992.

⁶ BARSTED, 1992, p. 105.

⁷ SCAVONE, L. 2008. Políticas feministas do aborto. Rev. Estad. Fem., Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 675-680.

no judiciário e, desde então, essa área se tornou central para a luta pela descriminalização do aborto⁸. Essa mudança de foco foi iniciada em 2004, quando um Habeas Corpus no qual uma mulher chamada Gabriela Cordeiro pedia autorização judicial para interromper a gravidez por conta de anencefalia fetal alcançou o Supremo Tribunal Federal, após um longo percurso⁹. O Habeas Corpus recebeu uma decisão favorável; entretanto, como o parto já havia ocorrido, houve perda de objeto¹⁰.

Casos iguais ao de Gabriela eram comuns no cenário brasileiro e, por conta disso, movimentos sociais se mobilizaram para buscar uma decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes* que colocassem uma pá de cal sobre a questão. Assim, nasceu a ADPF 54¹¹. A ADPF 54 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal em 2004 e, em 2012, foi julgada com decisão favorável a reclamante, estabelecendo uma nova hipótese de excludente de ilicitude: a interrupção voluntária da gravidez em casos de anencefalia fetal¹².

A decisão tomada na ADPF 54 continua a ser a mudança mais recente na legislação sobre aborto, mas, nos últimos anos, a questão continuou a ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em 2016, o Brasil passou por uma crise de saúde pública, devido a uma epidemia de Zika Vírus. Essa doença tem como resultado trágico a malformação fetal conhecida como microcefalia, que ocorre quando uma mulher grávida é infectada pelo vírus. Em vista desse cenário crítico, uma nova ação foi proposta, buscando resultado similar ao da ADPF 54, mas com relação à microcefalia¹³. A ação aguardou julgamento por aproximadamente quatro anos e, apenas em 2020 foi levada a julgamento, que se deu em plenário virtual, em meio à pandemia causada pela COVID-19. O Supremo Tribunal Federal se recusou a analisar o mérito da ação, por questões processuais¹⁴.

⁸ MACHADO, M R. DE A.; MACIEL, D. The Battle Over Abortion Right's in Brazil's State Arenas, Health and Human Rights Journal, v. 19, p. 119-131, 2017, p. 130, 1995-2006.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 84.025-6/RJ. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro-Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 25 junho 2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&do- cID=384874>>. Acessado em: 29/10/2020.

¹⁰ Um relato completo do caso pode ser encontrado em DINIZ, Debora. Arquitetura de uma ação em três atos - Anencefalia no STF. Direito, UnB, vol. 1, nº 2, p. 161-183, 2014.

¹¹ Um relato completo sobre a arquitetura da ação pode ser encontrado em DINIZ, 2014.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54. Ministro-Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 abril 2013. Acessado em: 16 março 2018.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 5581. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP. Brasília, DF, 05 de setembro de 2016. Acessado em: 29/10/2020.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5581/DF. Relatora: Ministra Carmen Lucia. Brasília. Dje: 05/04/2020.

Algum tempo depois, em 2017, a Primeira Turma do STF julgou o Habeas Corpus 124.306¹⁵. O referido HC dizia respeito à possibilidade de prisão preventiva de funcionários de uma clínica clandestina de aborto e a turma entendeu pela falta de requisitos para a prisão cautelar. Porém, seguindo o voto do Min. Luís Roberto Barroso, concluiu também, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação.

A inconstitucionalidade declarada no HC 124.306 se deu de forma incidental e, carecendo de efeito vinculante e *erga omnes*, não cria precedente. Entretanto, entendemos que a menção a ela é válida para a reconstrução do debate recente sobre o aborto na esfera judicial, que culminou com a propositura da ADPF 442, em 06 de março de 2017, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL¹⁶.

A tese defendida na ADPF 442 é a de que a criminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez viola os preceitos fundamentais “da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas”¹⁷.

Em março de 2018, a relatora do caso, Min. Rosa Weber, convocou uma audiência pública sobre o tema, que veio a se realizar nos dias 3 e 6 de agosto de 2018, com a participação de relevantes setores da sociedade civil. Entretanto, até o presente momento, o julgamento do processo não foi pautado. Não é possível saber ao certo o que motivou o desaquecimento do julgamento da ADPF 442, mas não seria pouco razoável imaginar que talvez seja uma forma de evitar com que os ânimos e o clima político que seguiram as eleições de 2018 pressionassem o STF para um lado ou outro – afinal, a questão do aborto é de sensibilidade política ímpar.

A desaceleração do julgamento é negativa, uma vez que mantém uma questão tão importante – e com consequências tão danosas para mulheres – sem resolução. Por outro lado, é possível tomarmos essa brecha como oportunidade para a ampliação das reflexões sobre o tema, e é justamente o que o presente projeto pretende fazer.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. Habeas Corpus no 124.306/RJ. Ministro Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 março 2017. Acessado em: 29/10/2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 442. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, petição inicial apresentada pelo PSOL em 26 de março de 2018.

¹⁷ ADPF 442, 2017, p. 1.

Conforme argumentamos abaixo, há uma linha de continuidade entre a argumentação proposta na ADPF 54, no HC 124.306 e na ADPF 442. Todas as ações formulam a questão do aborto como sendo atinente a direitos individuais e sociais, sempre prestando atenção não apenas ao direito em abstrato, mas também, em sua concretização. Aqui, temos o objetivo de contribuir para o debate apresentando uma outra chave de argumentação, que considera a criminalização do aborto um problema de igualdade substantiva, que entende tanto o problema do aborto, como sua criminalização, como sendo construído e permeado por hierarquias de poder que moldam desigualdades estruturais. Nesse contexto, a manutenção da criminalização é considerada uma reprodutora dessas desigualdades.

O argumento foi formulado pela autora feminista Catharine MacKinnon, no contexto dos ataques ao direito ao aborto que seguiram a decisão da Suprema Corte norte americana pós *Roe v. Wade*, caso no qual a criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação foi considerada inconstitucional por se tratar de violação à privacidade¹⁸. Conforme propomos abaixo, seu argumento foi desenvolvido em duas partes. Primeiro, em um artigo de 1984, no qual a autora critica a adoção da privacidade como base para a descriminalização do aborto. Segundo, em um artigo de 1991, no qual a autora avança um argumento normativo contra a criminalização do aborto, na chave da igualdade¹⁹.

A escolha pela apresentação da argumentação proposta por MacKinnon se deu por dois motivos principais. Primeiro, porque se trata de um argumento diferente daqueles que vêm sendo adotados pelo STF e, portanto, oferece uma perspectiva particular, que faz refletir não só sobre o aborto, como também sobre potenciais fragilidades da argumentação proposta. Em segundo lugar, porque esses argumentos foram fruto de um longo processo reflexivo. *Roe v. Wade* foi julgado em 1973 e os argumentos foram formulados entre 10 e 20 anos após a decisão. Ou seja, houve um lapso de quase duas décadas entre *Roe* e a nova argumentação, que permitiu que juristas feministas digerissem os fatos que seguiram o julgamento, que evidenciaram fragilidades da decisão. Por serem posteriores à descriminalização do aborto, os argumentos partem de críticas à fundamentação utilizada para a descriminalização do aborto e não têm a preocupação de apresentar um argumento que seja ao mesmo tempo forte e *estratégico*, de forma que podem aderir a visões mais radicais sobre o aborto. Ou seja, esses argumentos são

¹⁸ *Roe v. Wade*, 410, U.S 113 (1973).

¹⁹ MACKINNON, C. *Roe v. Wade: A Study in Male Ideology*. In *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, p. 45-54. Amherst: University of Massachusetts Press, 1984; MACKINNON, C. *Reflections on Sex Equality under Law*. *Yale L.J.* 100: p. 1281-328. 1991.

não só voltados à permissibilidade do aborto, mas ao aprimoramento da forma jurídica de se enquadrar a questão.

O objetivo do presente trabalho é refletir sobre a argumentação apresentada pela autora Catharine MacKinnon sobre aborto e, a partir daí, utilizá-la como lente de análise para olhar para a realidade brasileira. Para tal, dividimos a nossa análise em dois momentos distintos. O primeiro momento trata de uma interpretação construtiva dos argumentos da autora, na qual refletimos sobre estes à luz de críticas tecidas por autoras também feministas ao seu trabalho de maneira ampla. Essas críticas ao trabalho de MacKinnon fazem emergir fraquezas em seus argumentos sobre aborto que devem ser superadas para que estes sejam lidos à sua melhor luz. Ou seja, esse primeiro momento é voltado à desconstrução e reconstrução da argumentação. Em um segundo momento, utilizamos o argumento de MacKinnon em sua versão reconstruída como enquadramento para a análise de jurisprudência sobre direitos reprodutivos que vêm se formando nos últimos anos e ainda, da argumentação proposta na ADPF 442. Por fim, utilizamos o enquadramento de MacKinnon como inspiração para a construção de uma nova chave argumentativa, aderente ao contexto brasileiro.

No que se refere ao primeiro momento, o trabalho encontra-se assim dividido:

Na Parte I, levamos a cabo a interpretação à melhor luz, ou, interpretação construtiva. O método interpretativo é explicado no Capítulo 1. No Capítulo 2, apresentamos o trabalho de MacKinnon de maneira ampla e suas contribuições para o direito em geral e para a análise feminista do direito de maneira específica. Em seguida, no Capítulo 3, apresentamos algumas das principais críticas tecidas por autoras feministas ao seu trabalho. A partir daí, entramos na fase de interpretação à melhor luz dos argumentos. No Capítulo 4, tratamos do argumento *crítico* de MacKinnon. O argumento foi apresentado em um trabalho intitulado “Roe v. Wade: A Study in male Ideology”, de 1984, onde a autora tece críticas à abordagem liberal adotada pela Suprema Corte norte-americana para lidar com a questão do aborto. No Capítulo 5, tratamos do argumento *normativo* apresentado em *Reflections on Sex Equality Under Law*, no qual a autora defende que a criminalização do aborto viola a igualdade entre os gêneros. A interpretação construtiva é central para os nossos propósitos, na medida em que é o momento no qual refletimos sobre o que há de valioso nos argumentos e o que pode ser mudado para que estes se tornem mais fortes. Como se verá, entendemos que o que se tira de mais valioso é a perspectiva radical adotada.

Na Parte II, tratamos de utilizar a argumentação de MacKinnon como inspiração para a reflexão sobre a criminalização do aborto no Brasil. No Capítulo 6, fazemos uma leitura de duas decisões tomadas no âmbito do STF, quais sejam, a ADPF 54 e o HC 124.306, bem como da petição inicial da ADPF 442 à luz da análise radical proposta por MacKinnon. Essa leitura crítica faz emergir algumas fragilidades das formulações do problema do aborto e também da solução jurídica encontrada para a descriminalização. Em seguida, no Capítulo 7, propomos uma nova chave argumentativa, também baseada no enquadramento radical. Nesse momento, apresentamos a argumentação na forma de uma peça de *Amica Curiae* Radical.

Consideramos nossa *Amica Curiae* “radical” por alguns motivos. Primeiro, pela adoção do enquadramento radical proposto por MacKinnon. Em segundo lugar, pelas fontes não convencionais que utilizamos para a construção de conhecimento jurídico aderente à realidade brasileira. Partimos de relatos de mulheres reais, que emergem de conversas, da literatura, da mídia, de quadrinhos, e até de redes sociais. Entendemos que isso tem a vantagem, não apenas de trazer para o centro do direito vozes historicamente excluídas, como também contribuir para uma meta-reflexão sobre o qual o conhecimento deve ser considerado em reflexões jurídicas.

Ao final, tecemos algumas conclusões, não apenas sobre as contribuições que enxergamos na argumentação proposta, no que se refere, especificamente, ao caso do aborto, como também sobre o seu potencial de abrir portas para futuras demandas; demandas estas que, assim como o aborto, são problemas relacionados à existência de hierarquias de poder na sociedade. Esperamos que o presente trabalho não contribua apenas para reflexões sobre o aborto e sobre como desigualdades operam em geral, mas também para o campo da teoria feminista de direito que agora floresce no Brasil²⁰.

PARTE I. A INTERPRETAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO DE MACKINNON SOBRE ABORTO À MELHOR LUZ

CAPÍTULO 1. PROPOSTA: INTERPRETAÇÃO À MELHOR LUZ

²⁰ Trabalhos incluem, mas não se limitam a: PAIVA, L; SABADELL, A. O crime de estupro à luz da epistemologia feminista: um estudo de casos no STF. *Delicatae*, vol. 3, nº 4, p. 11, 2018; PÜSCHEL, F. P. A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice. *Rev. Direito GV Online*, v. 16, p. 1-21, 2020; FERREIRA, L. Dominação e autonomia na teoria feminista do direito: a crítica da agência parcial e suas implicações para políticas públicas de enfrentamento da opressão de gênero (manuscrito); BARBIERI, C; RAMOS, L. Direito, feminismos e gênero: um guia básico para a pesquisa. In: FEFERBAUM, M; QUEIROZ, R (coord.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Na presente seção, elaboramos uma interpretação construtiva dos escritos da autora Catharine MacKinnon sobre aborto.²¹ Acerca do tema, a autora escreveu dois textos. O primeiro, “Roe v. Wade: A Study on Male Ideology”, publicado em 1984, trata de uma crítica à abordagem liberal adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso Roe v. Wade. O segundo, “Reflections on Sex Equality Under Law”, foi publicado em 1992 e trata da apresentação do argumento dogmático-normativo de que restrições ao aborto violam a igualdade.

Os interpretamos como entidades independentes, levando em consideração o propósito do argumento não para a autora (ex. o que Catharine MacKinnon quis dizer), mas o que a intérprete pode tirar de positivo do argumento (ex. o argumento funciona ou não funciona, por determinado motivo). O papel da intérprete, nesse tipo de interpretação, é o de construção e reconstrução do argumento, impondo um propósito ao argumento que faça emergir o que há de melhor nele.²² Isso não significa que a intérprete atribua ao argumento o significado que deseja, na medida em que o tipo do objeto (argumento jurídico, por exemplo) impõe limites à interpretação. Significa que, consideradas as circunstâncias, o argumento é lido à sua melhor luz, trazendo à tona seu valor a partir dos objetivos e princípios pressupostos que visam servir.²³

O objetivo ao qual os argumentos visam servir, neste caso, é a emancipação de mulheres através da descriminalização do aborto. Esse é o objetivo (“point”) da argumentação, que serve como *standard* para o seu entendimento, sua extensão, sua modificação, sua qualificação e sua limitação.²⁴

Assim, nos perguntamos: o que é frágil e o que se retira de valioso dos argumentos, tendo em vista essa finalidade? De forma a fazer isso, os argumentos devem passar por um primeiro momento de desconstrução e por um segundo momento de reconstrução. Isso será feito através da apresentação de algumas críticas feministas aos argumentos, que podem demandar com que estes sejam reconstruídos, para que sejam mais fortes em vista de seus objetivos.

Esta seção se estrutura da seguinte maneira: primeiro, apresentamos o trabalho de MacKinnon de maneira ampla e suas contribuições para o direito em geral e para a análise feminista do direito de maneira específica. Em seguida, apresentamos algumas das principais

²¹ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass, Belknap Press. p. 50, 1986.

²² DWORKIN, 1986, p. 52

²³ DWORKIN, loc. cit. Nas palavras do autor “all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise” (p. 54).

²⁴ Ibidem, p. 47.

críticas tecidas por autoras feministas ao trabalho de maneira ampla e, em um terceiro momento, apresentaremos os argumentos de MacKinnon sobre aborto, tentando demonstrar como os elementos de sua teoria feminista do Estado os permeiam. Por fim, levamos a cabo uma leitura destes à luz das críticas feministas tecidas ao trabalho de MacKinnon apresentadas. Essa etapa é central para os nossos propósitos, na medida em que é o momento no qual refletimos sobre o que há de valioso nos argumentos e o que pode ser mudado para que estes se fortaleçam.

É importante ressaltar que o nosso objetivo não é o de discutir o trabalho de MacKinnon de maneira abrangente, mas, tão somente, de pensar sobre fragilidades do seu argumento sobre aborto. Assim, quando apresentamos as críticas ao seu trabalho, não tomamos uma posição sobre estas estarem certas ou erradas - apenas as assumimos como ponto de partida para a nossa análise.

CAPÍTULO 2. A TEORIA FEMINISTA DE ESTADO DE CATHARINE MACKINNON E SUA TEORIA FEMINISTA DO DIREITO

Ao feminismo da autora Catharine MacKinnon são atribuídos muitos nomes. Algumas autoras o chamam de feminismo do poder²⁵, outras de feminismo da dominação²⁶ e, outras, de feminismo radical²⁷. Trataremos aqui o feminismo de MacKinnon como feminismo radical, pois entendemos que tal nomenclatura consegue abarcar a dimensão do poder e a dimensão da dominação presente em seu trabalho, mas consegue ainda ir além, abarcando também sua maneira de olhar o direito e seu método para a produção de conhecimento.

A nosso ver, o feminismo radical de MacKinnon pode ser entendido como radical de quatro formas. Primeiro, pela radicalidade do seu método de construção de conhecimento, qual seja, a tomada de consciência (*consciousness raising*). Segundo, pelo seu entendimento de que o problema da desigualdade se encontra não na diferença de tratamento, mas na assimetria de poder que constitui uma verdadeira estrutura de dominação, que por sua vez tem como raiz a alienação da sexualidade. Por conta da dimensão estrutural de dominação – ou seja, pelo fato de as categorias mais fundamentais do mundo serem moldadas pelo poder – a igualdade real só poderia ser alcançada por mudanças radicais que levassem à ruptura com a estrutura. Essa

²⁵ HALLEY, J. *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton University Press, 2006.

²⁶ ABRAMS, K. *Sex wars redux: agency and coercion in feminist legal theory*. *Columbia Law Review*, Mar., 1995, vol. 95, nº 2, p. 304-376, 1995.

²⁷ WEST, R; GRANT BOWMAN, C. *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, p. 1, 2019; JAGGAR, A. *Feminist Politics and Human Nature*. Sussex: The Harvester Press, p. 83, 1983.

pretensão de mudança radical é a terceira forma como a radicalidade aparece. Por fim, o feminismo é radical em sua forma de olhar para o direito. Tendo em vista o esquema de coisas identificado, o direito é um instrumento de dominação que deve sofrer um escrutínio radical, em suas categorias, princípios, standards e lógica. A aplicação “correta” do direito como é não basta para o alcance da igualdade, que só pode ser alcançada, novamente, por mudanças estruturais. Em resumo, chamaremos estas quatro formas de radicalidade de (i) radicalidade no método; (ii) radicalidade na análise do Estado; (iii) radicalidade na pretensão de mudança e (iv) radicalidade na análise do direito.

Primeiro, o método. Talvez a maior inovação do trabalho de MacKinnon seja a teorização e a proposta de aplicação do método da tomada de consciência ao direito que, no trabalho da autora, trata-se do método último de produção de conhecimento feminista. Nas palavras de Christine Littleton,

O método feminista começa com o ato radical de levar mulheres a sério, acreditando que o que dizemos sobre nós e sobre nossas experiências é importante e válido, mesmo quando (ou até, especialmente quando) o que falamos tem pouca relação com o que já foi dito ou é dito sobre nós²⁸.

O método da tomada de consciência nasceu a partir de pequenas reuniões ocorridas em cidades e subúrbios norte-americanos, nas quais mulheres dividiam suas experiências. Entretanto, tal qual proposto por MacKinnon, não demanda o engajamento em reuniões desse tipo para construção de conhecimento, mas adota a sua essência, qual seja, a de levar mulheres a sério, em seus próprios termos²⁹. A tomada de consciência não serve apenas – e nem principalmente, a nosso ver – para a construção de conhecimento teórico. O potencial analítico que traz consigo está intimamente relacionado à organização e à prática feminista.

Segundo MacKinnon, enquanto o método do materialismo histórico olha para o mundo “de fora”, como um “objeto”, a tomada de consciência é uma visão interna, que permite com que o mundo seja analisado a partir de experiências concretas daquelas pessoas que compartilham e analisam, coletivamente, suas experiências. Isso permite com que se acesse não

²⁸ LITTLETON, C. Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes. *Stanford Law Review*, vol. 41, nº. 3, p. 764, 1989.

²⁹ Ibidem, p. 765.

só a dimensão da subordinação que é externamente imposta, por estruturas maiores de poder, mas também aquela que é internalizada por mulheres³⁰. Para MacKinnon, a tomada de consciência não é apenas um método para construção de conhecimento que tem o potencial de mudar estruturas; a tomada de consciência é já a revolução.

O método especificado pela obra de MacKinnon é tão central, que ela sequer admite a possibilidade de construção de conhecimento feminista a partir de qualquer outro. Da mesma forma que a autora considera o seu feminismo o último e verdadeiro (*unmodified*), também o é o método da tomada de consciência³¹.

A partir da aplicação do método feminista, MacKinnon tenta construir ou então criar bases para uma Teoria do Estado. Dizemos criar bases, pois o próprio título do livro no qual MacKinnon apresenta sua teoria se chama “Em direção a uma Teoria Feminista do Estado”, indicando o reconhecimento da incompletude do trabalho. No que se refere à radicalidade de análise do Estado, o feminismo radical se propõe a apresentar uma *grand theory* sobre a dominação masculina, nos moldes propostos por Marx quanto à opressão do proletariado. Apesar de se afastar do marxismo pela negação de seu método, o feminismo radical trabalha com conceitos essenciais para o marxismo, como a dominação de classe, a alienação, a falta de consciência que advém da subordinação, a crítica a valores e direitos liberais, como autonomia, privacidade e igualdade formal, e do próprio direito que, apesar de visto como neutro por liberais, é, na verdade, um mecanismo de subordinação³². Assim como para o marxismo, o feminismo radical tem como base central a atenção entre a assimetria de poder ocasionado por um sistema problemático³³. Utilizando destes conceitos, questiona pressupostos do liberalismo, mas também se afasta do marxismo, expondo que este apaga a opressão especificamente sofrida por mulheres e não dá conta de identificá-la e tampouco de oferecer uma saída para ela – novamente por conta de seu método. Essencialmente, MacKinnon afirma que este não consegue identificar o sistema de opressão patriarcal, que nasce e se sustenta a partir da alienação da sexualidade feminina. Isso, em parte, por ter sido criado por homens, que experienciam o mundo de forma diferente das mulheres³⁴.

³⁰ MACKINNON, C. Feminism, Marxism, method, and the State: An agenda for theory. *Signs*, 7(3), p. 519, 1982.

³¹ MACKINNON, C. *Feminism Unmodified*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, p. 16, 1987.

³² MACKINNON, C. *Toward a Feminist Theory Of The State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, p. 167, 1989.

³³ WEST, 2019, p. 14.

³⁴ MACKINNON, 1989, p. 127 em diante.

Na versão apresentada por Catharine MacKinnon³⁵, a ideia da alienação da sexualidade – entendida como o “processo social que cria, organiza, expressa e direciona o desejo”³⁶ – aparece como essa raiz da opressão feminina – daí, a radicalidade de sua teoria do Estado. Para a autora, a conclusão sobre a centralidade da sexualidade no processo de dominação emergiu a partir da análise de diversos fenômenos como aborto, violência doméstica, estupro, incesto, prostituição, dentre outros. No enquadramento do liberalismo, estes fenômenos aparecem como eventos isolados. A partir do método feminista, entretanto, MacKinnon e outras teóricas radicais identificam um fio condutor que os une: a sexualidade, que é constituída e constitui a assimetria de poder entre homens e mulheres.

O foco na sexualidade parece restrito às questões diretamente relacionadas ao sexo – como o sexo violento, o abuso sexual, a prostituição, a pornografia e o assédio sexual, mas uma contribuição da corrente é a análise “holística” da opressão feminina, que enxerga todas as áreas da vida da mulher como inter-relacionadas³⁷. A sexualidade se relaciona com a reprodução, com a saúde e a mortalidade feminina, com a violência em geral – mesmo que não sexual – com o baixo poder aquisitivo e, no limite, com a baixa participação feminina na criação de valores e significados no mundo, o que impacta diretamente o direito. Assim, vê-se que a dominação feminina é um problema estrutural, que se reproduz mesmo sem a consciência dos atores envolvidos³⁸. Como tal, trata-se de um problema a ser resolvido não no âmbito individual, mas sim, considerando-se sua dimensão coletiva.

Assim como no marxismo o problema da dominação de classe ocorre pela alienação do poder de trabalho do proletariado, para o feminismo radical, a dominação se dá através da alienação da sexualidade da mulher – “seus atos sexuais, suas escolhas sexuais, seu desejo sexual e a sua construção como ser sexual”³⁹ – sendo algo passível de controle ilimitado pelos homens. O controle da sexualidade pelos homens – não só do acesso ao corpo feminino, mas também da sua própria conceptualização – é o que define, para MacKinnon, a condição da mulher no mundo⁴⁰.

³⁵ MACKINNON, 1982, p. 529. O trabalho de MacKinnon parte de outros trabalhos de feministas radicais, como MILLETT, 1970; FIRESTONE, 1971; BRONWMILLER, 1975; ANDREIA DWORKIN, 1983, e MACKINNON, 1989, que defendem que a raiz da opressão feminina é a sexualidade.

³⁶ Ibidem, p. 3.

³⁷ Uma prova disso está no fato de o artigo em que MacKinnon desenvolve seu argumento normativo de igualdade na questão do aborto trata conjuntamente de aborto e estupro (MACKINNON, 1982).

³⁸ Dentre outros, MACKINNON, 1989 aplica sua teoria às questões do estupro (p. 171), do aborto (p. 184) e da pornografia (p. 195). MACKINNON, 1979 trata do assédio sexual.

³⁹ WEST, 2019, p. 11 em referência ao trabalho de MacKinnon.

⁴⁰ MACKINNON, 1989, p. 126 em diante.

Dentro desse pensamento, a alienação da sexualidade se dá através do uso da força propriamente dita, mas também através do fato de mulheres muitas vezes precisarem se submeter para a sua sobrevivência, além de a sexualidade tal qual construída tornar-se algo naturalizado como a regra. A complacência com a dominação naturaliza e, portanto, se assemelha à falsa consciência proposta pelo marxismo. A sexualidade seria, a um só tempo, moldada pela dominação, de forma a erotizar essa dominação e tornando-a algo natural.

Enquanto Teoria do Estado, o feminismo radical de MacKinnon tenta colocar em xeque os pressupostos do liberalismo. A conclusão principal é a de que o liberalismo é uma ideologia que perpetua a dominação feminina e que, portanto, o direito liberal, entendido como emancipatório pelo feminismo liberal, não tem a capacidade de promover uma emancipação real⁴¹.

No contexto de dominação delineado por MacKinnon, que tem como fonte primeira a sexualidade, mas que se dissemina por todos os âmbitos da vida da mulher, é fácil ver como a liberdade e a autonomia feminina – pressupostos pelo liberalismo – não correspondem à realidade da maioria mulheres. A assimetria de poder entre homens e mulheres impede com que estas sejam livres para dizer não, mas também influencia em sua capacidade de dizer sim. O status de subordinação constrange a autonomia e a liberdade de escolha. Essa é a primeira crítica que o feminismo radical tece ao liberalismo⁴².

A segunda crítica tecida pelo trabalho de MacKinnon ao liberalismo tem como foco o pressuposto de que o ambiente privado é o espaço de livre interação entre indivíduos iguais. Essa crítica é decorrência da primeira. Se a sexualidade é o ponto nevrálgico da dominação e esta tem como local principal o ambiente privado, este, por sua vez, não é um ambiente de interação entre dois indivíduos iguais e livres, mas sim de dominação e da ausência de autonomia – consciente ou inconsciente. É no ambiente privado em que ocorre a maior parte da violência sexual vivida por mulheres e meninas, é o local onde o trabalho não remunerado é alienado e, portanto, é o local que mais reproduz a desigualdade. Além disso, o ambiente privado é o local do isolamento, que impede a troca entre mulheres e a tomada de consciência. Se a esfera da privacidade, vista pelo liberalismo como o ambiente de liberdade e de desenvolvimento pessoal é, na verdade, um ambiente de dominação, então a não intervenção do Estado apenas contribui para a perpetuação desta dominação. Para MacKinnon, a ausência

⁴¹ MACKINNON, 1989, p. 157 em diante.

⁴² WEST, R. Women in the Legal Academy: A Brief History of Feminist Legal Theory, 87 Fordham L. Rev. 977, p. 12, 2018.

do Estado deixa de ser vista como emancipatória e passa a ser vista como parte do sistema da dominação⁴³.

O terceiro ponto atacado pelo feminismo radical é a igualdade formal. Olhando para a realidade material das mulheres, vê-se que não existe igualdade de fato. Essa situação expõe que a igualdade de tratamento não é capaz de afetar positivamente as mulheres. Pelo contrário, essa concepção de igualdade, tem, assim como a autonomia e a privacidade, o poder destrutivo de perpetuar a dominação feminina⁴⁴.

Essa terceira crítica à igualdade formal se liga à radicalidade na pretensão de mudança do trabalho de MacKinnon. Como a autora enxerga a dominação como sendo estrutural, a igualdade de tratamento entre homens e mulheres em nada afeta as estruturas, na medida em que a igualdade se dará de acordo com os *standards* masculinos que perpetuam a dominação. Um exemplo que ilustra bem essa situação, é o argumento de MacKinnon sobre a liberdade sexual. Para MacKinnon, é possível que mulheres sejam livres para participar da sexualidade – como se verá abaixo, a possibilidade de abortar é um instrumento essencial para isso – mas, enquanto a sexualidade for moldada nos termos masculinos, a partir de experiências masculinas, a igualdade de tratamento – igual participação na sexualidade – continuará a ser opressora. Ou seja, a mudança que devemos buscar, no contexto da dominação, não seria a inclusão de mulheres no mundo dos homens, mas sim, a mudança desse mundo.

O feminismo radical, olhando para o mundo como ele é, a partir das experiências concretas de mulheres, tece, em um primeiro momento, críticas descritivas. O liberalismo e o feminismo radical partem de visões diferentes da realidade. Para o feminismo radical de MacKinnon, mulheres não contam com autonomia real, na medida em que sua autonomia é comprometida pelo seu estado de subordinação e alienação; e tampouco contam com a suposta proteção oferecida pela privacidade. Considerando que a assimetria de poder entre homens e mulheres torna o ambiente privado um ambiente de abuso; por fim, não contam com igualdade, pois a igualdade formal em nada afeta a sua condição material.

As críticas descritivas, entretanto, tornam-se normativas, uma vez que questionam o potencial desses valores sociais, em sua pretensão aspiracional de promover a emancipação, especialmente no que se refere ao direito enquanto instrumento de proteção. Propõe-se que valores sociais, que se tornam jurídicos (autonomia, privacidade, igualdade, bem como regras

⁴³ WEST, 2019, p. 13.

⁴⁴ WEST, loc. cit.

deles derivados não promovem a emancipação, mas sim, perpetuam a dominação. O feminismo radical questiona não só o liberalismo, enquanto ideologia, mas também o direito liberal⁴⁵. É aí que mora a análise radical do direito.

Conforme adiantamos acima, para o feminismo radical, um dos problemas do sistema de subordinação patriarcal é a impossibilidade de mulheres participarem na construção de valores e significados sociais.⁴⁶ A falta de condições, bem como sua falta de consciência sobre sua própria subordinação, fez com que mulheres fossem impossibilitadas de participar da esfera pública, ambiente da identificação de problemas sociais e de tomada de decisões sobre a resolução destes. Em vista disso, o direito liberal adquiriu caráter “masculino”. Isso significa dizer que o direito foi criado a partir de assunções, categorias e metodologias que se propõem neutras, mas que, na verdade, são baseadas em experiências masculinas⁴⁷.

O feminismo liberal, em grande medida, tentou avançar a agenda da igualdade das mulheres trabalhando dentro desse esquema de coisas. Ou seja, a inclusão de mulheres no direito, nos mesmos termos que os homens. Nesse contexto, mulheres e homens eram tratados como pessoas iguais (nos termos liberais) e o caráter “genderizado” tanto de mulheres, quanto do direito, não eram questionados. Os pressupostos liberais eram a base de demandas. O direito ao aborto e ao uso de contraceptivos eram colocados em termos de livre participação na sexualidade, autonomia e privacidade. A igualdade, por sua vez, continuava formal e conteúdo do princípio não era questionado⁴⁸. Mulheres teriam tantos direitos quanto homens, na medida em que fossem iguais aos homens, sem que se questionasse nem de onde vem essas diferenças e nem o *standard* masculino⁴⁹.

Em contraposição ao liberalismo – tanto em sua esfera jurídica quanto em relação ao seu movimento feminista - - a análise do feminismo radical desafia, justamente, a suposta neutralidade do direito e suas consequências. A partir de relatos sobre como mulheres sofrem na realidade de forma alienada ao direito, sua aplicação “correta” existente passou a ser deixada de lado, abrindo espaço para propostas de reformulações deste, para que ele se tornasse efetivo na proteção das mulheres. “Mulheres pararam de pedir para jogar pelas regras do jogo e

⁴⁵ MACKINNON, 1989, p. 237 em diante.

⁴⁶ MACKINNON, 1991, p. 1281.

⁴⁷ MACKINNON, 1989, p. 163.

⁴⁸ MACKINNON, 1991, p. 1285.

⁴⁹ Ibidem, p. 1287.

passaram a entender que não participar da formulação de regras significa não ter permissão para participar do jogo”⁵⁰.

Essa visão de igualdade, segundo MacKinnon, levou a uma mudança na forma como algumas feministas passaram a analisar o direito, qual seja, o olhar crítico sobre os seus conceitos e categorias fundamentais, a partir de experiências reais de mulheres reais. Dentre outras coisas, feministas analisaram como valores patriarcais permeiam aplicações do conceito de autodefesa em casos de violência doméstica⁵¹, visões sobre o conceito de consentimento em casos de estupro⁵², regras de prescrição em casos de abuso de menor⁵³, conceitos importantes em direito de família - como custódia⁵⁴ - e o conceito de dano na responsabilidade civil⁵⁵, dentre muitos outros. No campo da análise constitucional da desigualdade entre os gêneros, MacKinnon aponta, entretanto, que poucos avanços tinham sido feitos até aquele momento. Ou seja, poucas situações em que não houvesse tratamento diferenciado explícito foram consideradas situações de discriminação com base no sexo⁵⁶.

É nesse contexto que a argumentação de MacKinnon sobre aborto se insere. Como se verá, o primeiro argumento cuida de levar a cabo a análise radical do princípio da privacidade e questiona a ideia de escolhas livres e autônomas; o segundo, por sua vez, leva a cabo a análise radical da norma do aborto, refletindo sobre como a norma conceptualiza a relação entre a mulher e o feto. Em ambos os casos, a autora argumenta que conceitos que se propõem neutros são, na realidade, fruto de experiências alheias à realidade feminina e, assim, perpetuam a dominação.

CAPÍTULO 3. CRÍTICAS FEMINISTAS AO TRABALHO DE MACKINNON

⁵⁰ MACKINNON, 1991, p. 1295.

⁵¹ Ibidem, p. 1294, citando o trabalho WALKER, L. The Battered Woman Syndrome, nota 55, 1984.

⁵² Ibidem, p. 1294. Mackinnon cita RUSSELL, D. Rape in Marriage, nota 57, 1990.

⁵³ Ibidem, p. 1294. Mackinnon cita SALTEN, M. Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy. Nota 60, p. 189, 1894.

⁵⁴ Ibidem, p. 1294. Mackinnon cita CHESLER, P. Mothers on trial. Harvard L. Rev. p. 727, nota 61, 1988; FINEMAN, M. Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decision making, HARV. L. REV, nota 61, 1988.

⁵⁵ Ibidem, p. 1295. Mackinnon cita BENDER, L. Feminist (Re)Torts: Thoughts on The Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities. DUKA LJ, p. 848, nota 62, 1990.

⁵⁶ Assédio sexual foi um dos avanços (MACKINNON, 1992, p. 1296).

Conforme exposto acima, Catharine MacKinnon se propõe a apresentar uma teoria explicativa da opressão feminina, em *grand style*⁵⁷. Ela trabalha no nível de outras teorias do Estado, fazendo um paralelo com o marxismo e o liberalismo, de forma a construir a sua própria⁵⁸. O trabalho de MacKinnon é ambicioso. A autora não se limitou a olhar para o mundo e identificar casos onde questões de gênero operam na opressão de mulheres – o que fez nos seus inúmeros anos como ativista e advogada - mas tentou encontrar conexões entre inúmeros focos de opressão, chegando à conclusão de que todos os problemas de gênero emergem de uma estrutura de opressão masculina, que se assimila ao capitalismo.⁵⁹

As críticas ao trabalho de MacKinnon, porém, são proporcionais a sua ambição. O seu trabalho foi criticado por juristas por não ser jurídico, por acadêmicos por não ser acadêmico, por intelectuais por ser prático demais, por práticos ser intelectual demais e por cientistas políticos não ser nem científico e nem político⁶⁰. Ainda, foi criticado por ser polêmico demais, ideológico demais e raivoso demais⁶¹. Essas críticas se dão no nível não de sua argumentação, mas de sua legitimidade enquanto conhecimento válido em determinadas comunidades epistemológicas, a partir das regras internas destas comunidades. Essas críticas não serão objeto da presente seção, na medida em que, o que nos interessa é analisar a argumentação sobre aborto a partir de críticas tecidas por autoras feministas direcionadas aos argumentos centrais do pensamento de MacKinnon e não analisar o trabalho de maneira ampla. A seguir, apresentamos as críticas direcionadas aos pontos principais do trabalho de MacKinnon, geralmente consideradas mais recorrentes, relevantes e abrangentes⁶².

3.1. Contraponto antiessencialista à universalização de experiências

Conforme exposto acima, o feminismo de MacKinnon se contrapõe ao liberalismo e ao marxismo pelo fato de ambas as Teorias de Estado terem sido construídas a partir de visões que, apesar de se proporem neutras, seriam construídas com base nas experiências de homens. A partir dessa crítica, MacKinnon apresenta uma Teoria Feminista do Estado, construída, segundo a autora, a partir do método feminista da tomada de consciência, que tem como fonte

⁵⁷ OLSEN, F. Feminist Theory in Grand Style. Columbia Law Review, vol. 89, nº 5, p. 1147, 1989.

⁵⁸ MACKINNON, 1987, p. 46.

⁵⁹ OLSEN, 1989, p. 1168.

⁶⁰ MACKINNON, 1987, p. 132.

⁶¹ FINLEY, L. The Nature of Domination and the Nature of Women: Reflections on Feminism Unmodified (review essay). 82 Nw. U. L. Rev, p. 352, 1988.

⁶² CHEN, C. Catharine A. Mackinnon and equality theory. In West & Bowman, p. 44, 2018.

última de conhecimento a experiência feminina. Ocorre, entretanto, que o trabalho de MacKinnon foi muito criticado por partir de experiências femininas que se propõem universais, mas que em realidade são particulares a mulheres heterossexuais, brancas, de classe média⁶³. MacKinnon, assim, incorreria em essencialismo, assumindo a existência de características e atributos fixos e ahistóricos a todas as mulheres⁶⁴. Ou seja, assim como o liberalismo e o marxismo teriam sido construídos com base na exclusão de mulheres, o feminismo de MacKinnon teria excluído experiências de mulheres que não se enquadrassem no perfil utilizado como “base”, obscurecendo diferenças intragrupo⁶⁵.

Para algumas autoras, a exclusão de muitas experiências teria minado inúmeras de suas conclusões. A autora Patricia Cain, por exemplo, afirma que a conclusão de MacKinnon de que a sexualidade seria, necessariamente, um ambiente de opressão teria excluído experiências de mulheres lésbicas. Em primeiro lugar, por equiparar o sexo lésbico ao modelo de subordinação/subordinado heterossexual, apenas admitindo que, ao invés de um homem e uma mulher, a relação se daria da mesma forma, entre duas mulheres. Em segundo lugar, por ignorar o fato de que muitas mulheres lésbicas não se sentem subordinadas a homens⁶⁶.

Da mesma forma, MacKinnon foi criticada por Angela Harris por subestimar o papel das relações raciais em sua teoria da opressão de gênero. Para Harris, a opressão de gênero, sozinha, não era capaz de explicar a opressão vivida por mulheres negras. Na experiência de estupro mais comum de mulheres negras – aquela ocorrida pelo empregador branco - seria co-determinada tanto pelo gênero, quanto pela raça, na medida em que, por exemplo, o trabalho doméstico exercido por mulheres negras facilitava o acesso ao seu corpo⁶⁷. Ainda, o problema do crime de estupro, para mulheres negras, seria, segundo Harris, não aquele identificado por MacKinnon – a proteção parcial – mas sim a inexistência total de proteção⁶⁸. Se o argumento de MacKinnon é o de que o estupro é a materialização e atualização da dominação masculina, Harris aponta que o estupro, na comunidade negra, sempre se apresentou como forma de controle da população negra como um todo. Ademais, o crime de estupro teria um significado

⁶³ HARRIS, A. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. *Stanford Law Review*, vol. 42, nº. 3, p. 585, 1990; MINOW, M. Feminist Reason: Getting It and Losing It. *Journal of Legal Education*, vol. 38, no. 1/2, 1988; CAIN, P. Feminism and the limits of equality. Santa Clara Law Digital Commons, 1989; KAPUR, R. The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, nº 1, p. 8, 2002.

⁶⁴ GROZS, E. Sexual Difference and the Problem of Essentialism in *The Essential Differences*, p. 82, 1994.

⁶⁵ FLAX, J. Postmodernism and Gender Relations in *Feminist Theory*, p. 633, 1897.

⁶⁶ CAIN, P. *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*. Santa Clara Law Digital Commons, p. 203, 1988.

⁶⁷ HARRIS, 1990, p. 585.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 599.

diferente para a mulher negra, na medida em que seria um crime válido apenas para homens negros. Ou seja, a experiência do estupro seria, para a mulher negra, uma experiência ambivalente⁶⁹.

Ainda, MacKinnon recebeu críticas antiessencialistas no que se refere à sua caracterização da sexualidade como sendo opressiva. Entendemos que argumentos que agrupamos como “pró-sexo” se dividem em duas linhas, sendo que a segunda – relacionada à autonomia sexual – será explorada abaixo. A outra linha, que interessa aqui, é a linha que critica MacKinnon pela universalização de experiências feministas, apagando pontos de vista discordantes, ou seja, o contraponto pró-sexo emerge a partir de um argumento antiessencialista de que o trabalho de MacKinnon não teria levado em consideração opiniões divergentes sobre o valor da sexualidade. Enquanto MacKinnon entende a sexualidade como fruto e constituidora de hierarquias de poder, muitas autoras argumentam que essa visão é reducionista.

A autora feminista Robin West, por exemplo, argumenta que a sexualidade é mais complexa do que o binarismo subordinação/subordinado implica. Para a autora, sexo tem a ver com entrega, cuidado, confiança e conexão, mesmo que esta conexão seja entre aqueles que detém o poder e aqueles que não⁷⁰. Lucinda Finley, por outro lado, afirma que, para muitas mulheres – incluindo si própria – considera o sexo uma forma de afirmar de si mesma, prazerosa, livre de dor e de submissão. Ainda, a autora considera o sexo uma atividade de interdependência, e não de confiança do fraco para com o forte (conforme a descrição de West)⁷¹. O ponto de Finley não é o de propor que o seu entendimento sobre sexo se sobrepõe ao de MacKinnon, mas sim o de mostrar como experiências variam nesse âmbito, colocando em xeque a caracterização feita por MacKinnon de uma experiência única⁷². Carole Vance, por sua vez, vai além da visão de Finley para dizer que a experiência sexual feminina é complexa e envolve não só o sexo livre de dor, mas também elementos de prazer e felicidade e desejo constituídos pela opressão e pela humilhação. Para a autora, o prazer depende menos de construções sociais e mais do histórico pessoal de cada um⁷³.

⁶⁹ Ibidem, p. 600.

⁷⁰ WEST, R. The difference in women's hedonic lives: a phenomenological critique of feminist legal theory. *Women's L.J.*, vol. 81, p. 132, 1987.

⁷¹ FINLEY, 1988, p. 381.

⁷² Ibidem, p. 381.

⁷³ VANCE, C. *Pleasure and Danger: Toward a Politics of Sexuality* in VANCE, C. *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, p. 4, p. 10, 1992.

Argumentos antiessencialistas em geral, questionam, basicamente, a “qualidade” ou até a real aplicação do método da tomada de consciência por MacKinnon. MacKinnon teria selecionado experiências para a formulação de teorias, excluindo a consciência de outras mulheres. Críticas como as apresentadas acima se dão em âmbitos específicos do trabalho de MacKinnon, mas a consequência destas tem impactos mais profundos para o trabalho da autora. Isso, pois as críticas desafiam a possibilidade do que MacKinnon chama de “ponto de vista das mulheres”, “a voz das mulheres”, a “contribuição” distintiva de mulheres”, dentre outras formulações consideradas totalizantes⁷⁴.

No que se refere à crítica de MacKinnon a *Roe v. Wade*, particularmente importantes para a nossa análise, como se verá adiante, é a crítica ao fato de o argumento de MacKinnon sobre a nocividade da divisão entre público e privado e, conseqüentemente, da utilização do princípio da privacidade como base para a descriminalização do aborto, apenas levar em consideração experiências de mulheres brancas, heterossexuais, de classe média, que se encaixam no padrão de família patriarcal.

Como se verá, na próxima seção, muitas feministas não-brancas e não economicamente privilegiadas apresentam visões diferentes do ambiente privado como sendo o ambiente de realização e segurança, ao invés de um ambiente de opressão, o que teria como consequência a revalorização do princípio da privacidade desafiado por MacKinnon em sua crítica a *Roe v. Wade*. Ainda, sendo a sexualidade particularmente importante para a crítica de MacKinnon sobre *Roe v. Wade*, refletimos sobre como o (suposto) essencialismo da teoria de MacKinnon teria o potencial de minar a crítica tecida naquele contexto. Dizemos suposto, pois nosso objetivo aqui não é discutir a crítica em si, mas sim utilizá-la como base para uma leitura crítica dos argumentos de MacKinnon sobre aborto. Em ambos os casos, a questão de fundo que se apresenta é: é possível fazer uma crítica a *Roe v. Wade* com base no “ponto de vista das mulheres”, ou isso confere aos argumentos um essencialismo que retira o seu valor?

No que se refere ao argumento propositivo de MacKinnon, essas críticas demandam um olhar cuidadoso para com a reformulação que MacKinnon propõe para o tratamento jurídico do aborto, com base no “ponto de vista das mulheres”, padece de essencialismo e se isso mina o argumento. Por fim, contrapontos antiessencialistas ao trabalho de MacKinnon nos ajudam a refletir também sobre a possibilidade e a desejabilidade de se traduzir juridicamente a questão

⁷⁴ BARLETT, K. MacKinnon's Feminism: Power on Whose Terms?, *California Law Review*, vol. 75, p. 1566, 1987.

do aborto como problema de desigualdade de gênero, tal qual feito por MacKinnon em seu argumento propositivo. Nos perguntamos se essa argumentação jurídica, que pressupõe a escolha de uma categoria como base (gênero) apagaria o fato de que a experiência do aborto é experienciada de maneira diferente por mulheres em contextos diferentes.

3.2. Contraponto interseccional

Enquanto críticas antiessencialistas ao universalismo como a de Harris se preocupam com a exclusão de identidades particulares na construção de conhecimento, críticas interseccionais se focam em como sistemas de poder interseccionados produzem e reproduzem a subordinação. O enquadramento da interseccionalidade reflete sobre como experiências são intrinsecamente moldadas por diversas estruturas de opressão, não de forma cumulativa (por exemplo: a mulher sofre com o aborto ainda mais se for pobre), mas de forma constitutiva (por exemplo: o problema da reprodução para a mulher pobre advém do fato de a reprodução ser influenciada por estruturas de opressão patriarcais e neo-liberais, que fazem com que a mulher pobre vivencie a reprodução em situação de privação)⁷⁵.

A ideia de que diferentes mulheres sofrem opressões igualmente diferentes anima a forma de ver o mundo e de construir a política feminista há muito tempo⁷⁶, mas, foi a jurista Kimberlé Crenshaw que cunhou o termo interseccionalidade⁷⁷. O conceito de interseccionalidade nasceu da ideia de que mulheres negras se encontram no meio de uma encruzilhada influenciada tanto por gênero quanto por raça, o que faz com que suas experiências de gênero e raça se influenciem mutuamente na produção de suas identidades. A teoria da interseccionalidade nega a ideia de que raça e gênero são mutuamente excludentes e também a ideia de que raça e gênero interagem de maneira cumulativa; propõe, ao invés, que as experiências em confluência constituem a experiência da mulher negra. Isso significa dizer que mulheres negras, por exemplo, não sofrem apenas enquanto mulheres, ou enquanto negras, mas como mulheres negras.

Críticas ao universalismo, como as de Harris e Cain apresentadas acima têm implicações para pontos específicos da obra de MacKinnon, como a sua descrição e explicação dos

⁷⁵ KAPUR, 2002, p. 9.

⁷⁶ TRUTH, S. Ain't I a Woman? Delivered 1851 at the Women's Convention in Akron, Ohio.

⁷⁷ CRENSHAW, K. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics, U. Chi. Legal F, p. 130, 1989.

problemas da sexualidade e a caracterização dos problemas do estupro e de seu papel na dominação. Isso ocorre porque, por negar o essencialismo, tais críticas têm ambições mais modestas, na medida em que visam evitar cair no erro do essencialismo⁷⁸. Diferentemente, críticas interseccionais se preocupam com estruturas de poder e, portanto, suas implicações impactam a teoria de MacKinnon em seu ponto mais ambicioso, qual seja, sua teoria sobre o poder e sobre o sistema de dominação masculina, que desemboca em sua visão de que o direito é “masculino”.

Quando MacKinnon diz que o mundo (o que inclui a sexualidade, o Estado, o direito e, no limite, as mulheres) é moldado pelos detentores do poder, ela não quer dizer que homens individualmente afetam o direito, mas sim que um *sistema de poder masculino* o molda. Críticas interseccionais desafiam a existência de uma única estrutura de poder, ou, a ideia de opressão monolítica (estrutura patriarcal), dividida de maneira binária (homens X mulheres). Há, ao contrário, a ideia de estruturas de poder interconectadas (do inglês, *interlocking*)⁷⁹. Esse enquadramento se refere a como as opressões interseccionais se organizam em suas dimensões estruturais e como estas aparecem em diferentes formas de opressão⁸⁰. O enquadramento sintetiza opressões, sem, no entanto, apagar suas dimensões”⁸¹.

Crenshaw construiu o conceito de interseccionalidade inicialmente para falar sobre experiências de mulheres negras, mas, a ideia de interseccionalidade se aplica para todas as interações entre diferentes marcadores sociais. Para o presente trabalho, entretanto, a crítica interseccional que mais importa é aquela tecida justamente por Crenshaw em seu artigo seminal “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, publicado em 1989.

Em seu artigo, Crenshaw argumenta que os sistemas interligados de opressão teriam moldado a doutrina “*single-axis*” de igualdade encampada pela doutrina norte-americana. Na medida em que demandava a escolha de uma opressão como base para demandas – ou raça ou

⁷⁸ HARRIS, 1990, p. 585.

⁷⁹ Nossa tradução para *interlocking*: nas palavras de ROSS, “Crenshaw, by naming intersectionality, offered a compact and densely packed conceptual framework for moving beyond singularly ascribed identities. Intersectionality is not a new way to describe identity politics; instead it is a way to describe the interlocked nature of power relationships that advantage and disadvantage people depending on their identities”. (2017, p. 268).

⁸⁰ HILL COLLINS, P. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. New York: Routledge, p. 18, 2000.

⁸¹ CONAGHAN, J. Intersectionality and the Feminist Project in Law. In: Cooper, Davina, ed. *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location*. Intersectionality and law, London: Routledge, p. 36, 2009.

gênero –, tal doutrina seria ineficaz para a proteção de mulheres que têm suas experiências de opressão moldadas por diversos sistemas interligados⁸².

É claro que o enquadramento da interseccionalidade compartilha, em alguma medida, a crítica antiessencialista, uma vez que se preocupa em demonstrar como a doutrina de igualdade criticada invisibilizaria a experiência de mulheres não-brancas, limitando o seu potencial emancipatório e contribuindo para a sua marginalização⁸³. Por outro lado, existem pontos relevantes de divergência, dentre eles, o fato de o enquadramento ser crítico à crítica antiessencialista, por seu potencial de despolitização. O enquadramento da interseccionalidade assume a existência tentativa de categorias irreduzíveis, como raça e gênero, pessoas que podem ser chamadas de negras ou de mulheres, forças chamadas de supremacia branca ou masculina e fenômenos como branquitude⁸⁴, apesar de entender todos os conceitos como moldados por outras experiências, estáticos e em alguma medida, provisórios⁸⁵. Ou seja, há, em alguma medida, uma visão essencial.

O enquadramento da interseccionalidade também nos ajuda a refletir sobre ideia de “caráter masculino do direito”, na medida em que o direito é, nesse enquadramento, influenciado não apenas pelo “ponto de vista masculino”, mas por estruturas de poder interligadas que afetam mulheres diferentes de maneira diferente. Ou seja, no limite, a ideia de existência de um poder apenas influenciado pelo gênero, sem levar em consideração o capitalismo e a supremacia branca, por exemplo. Da mesma forma, impõe um olhar crítico à ideia de “ponto de vista da mulher”, na medida em que não haveria um ponto de vista unitário feminino que pudesse ser a base para uma nova formulação jurídica do problema do aborto.

Consequentemente, críticas interseccionais nos ajudam a refletir sobre a possibilidade ou os perigos de se atribuir ao direito um caráter “masculino”, ou seja, de assumir uma estrutura de poder unitária. Discutimos a questão em abstrato, mas temos particular interesse em olhar para como esta impõe desafios ao argumento propositivo de MacKinnon sobre o aborto e se e como permite reconstruções do argumento que o tornem menos suscetível à crítica. Ainda, o enquadramento da interseccionalidade nos ajuda a refletir sobre a concepção de igualdade

⁸² CRENSHAW, 1989, p. 140.

⁸³ CARBADO, D; HARRIS, C. Intersectionality at 30: Mapping the margins of anti-essentialism, intersectionality and dominance theory. *Harvard Law Review*, vol. 132, p. 2203, 2019; GRILLO, T. Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master’s house, *Berkley Women’s L.J.*, p. 17, 1995.

⁸⁴ Nossa tradução livre de “whiteness”, na medida em que o conceito se assemelha ao que outros autores brasileiros entendem por branquitude. MÜLLER, T. CARDOSO, L (orgs). *Branquitude: Estudos sobre a identidade branca no Brasil*. Curitiba: Appris Editora, 2017.

⁸⁵ CARBADO; HARRIS, 2019, p. 2214.

antissubordinatória proposta por MacKinnon, utilizando-o não apenas em sua forma crítica, mas também como bases para reconstrução.

3.3. Contraponto da agência parcial

O trabalho de MacKinnon também foi muito criticado por ser considerado, por muitas autoras, um feminismo “vitimista”, que retrata mulheres como vítimas passivas e desamparadas e moldadas pela objetificação, com sua autonomia restringida pela dominação.⁸⁶ Críticas à visão pessimista sobre a (in) existência de autonomia no trabalho de MacKinnon são muitas e se dividem em dois ramos principais: o ramo pró-sexo e o ramo da agência parcial⁸⁷.

Começaremos com o primeiro ramo, das críticas geralmente intituladas “pró-sexo”. Grande parte do trabalho de MacKinnon é dedicado a demonstrar a relação entre a sexualidade e a hierarquia entre os gêneros. Isso se manifesta não apenas no seu argumento central de que a sexualidade é fruto e reprodutora da desigualdade, mas também nos temas que têm maior centralidade no seu trabalho, quais sejam, a pornografia, o estupro, a prostituição e o aborto, que, como se verá abaixo, é considerado, pela autora, como um fenômeno que não pode ser pensado de forma destacada da sexualidade. Conforme exposto acima, algumas autoras feministas criticam MacKinnon com base em argumentos antiessencialistas. Existe, entretanto, outra linha de críticas, que se liga mais à visão subordinatória da sexualidade em si, e não a sua construção. Essas são as críticas “pró-sexo”⁸⁸.

Tais críticas se preocupam em defender o papel positivo da sexualidade, em toda a sua complexidade, na vida de mulheres, negando a ideia de MacKinnon de que a sexualidade seria o epicentro da dominação - por se tratar não só de uma prática moldada pela hierarquização, mas pela erotização da dominação, que reiteraria a objetificação da mulher e, conseqüentemente, a perpetuação da dominação. Para feministas contrárias à visão de MacKinnon, o feminismo deveria investigar a sexualidade de maneira mais contextualizada, não deixando de lado a problematização da assimetria de poder, mas considerando também as dimensões libertadoras da sexualidade e a possibilidade de agência de pessoas que encontram

⁸⁶ CHEN, 2018, p. 61; HARRIS, 1990, p. 612.

⁸⁷ ABRAMS, 1995, p. 307.

⁸⁸ CHEN, 2018, p. 62.

prazer no sexo – até mesmo o sexo considerado “desviante” ou, muitas vezes relacionados à humilhação, dor e dominação, como formas de SBDM, por exemplo⁸⁹.

No que se refere ao ramo da agência parcial, a autora Kathryn Abrams expõe algumas subdivisões. As críticas da agência parcial se aproximam das críticas pró-sexo, na medida em que enxergam com ceticismo o foco na vitimização; entretanto, vão além das discussões focadas na sexualidade, refletindo sobre a agência feminina de forma geral, questionando a caracterização do sujeito no feminismo, refletindo sobre a sua (in) capacidade de agir autonomamente de forma individual e da possibilidade de resistência individual e coletiva. Isso se reflete não só sobre a caracterização da mulher como vítima, como também sobre a utilidade e a desejabilidade para o feminismo⁹⁰. Abrams apresenta, em linhas gerais, três contrapontos feministas – que constituem o que chama de “agência parcial” - à vitimização presente no feminismo da dominação (em geral), mas que se aplica ao feminismo específico de MacKinnon, na medida em que ele se encaixa nessa categoria.

O primeiro contraponto é o da agência psicológica. A agência psicológica é aquela que está presente na construção de autorespeito, de um senso de identidade destacado daquele moldado pela dominação que possibilite uma autodefinição com reconhecimento de valor. Em sua descrição, Abrams cita trabalhos de feministas negras, como Patricia Hill Collins, que dão grande destaque à possibilidade e à importância do auto fortalecimento e da resistência interna por parte de mulheres negras⁹¹. Patricia Hill Collins não se refere diretamente a MacKinnon, mas Angela Harris sim. Ainda na forma de uma crítica antiessencialista, Harris argumenta que, ao definir mulheres pelo que é feito a elas, ou seja, pelo seu status de vítima, MacKinnon apaga a experiência de mulheres negras, tão marcada pela resistência interna⁹². As experiências de feministas como Collins e Harris, segundo Abrams, contradizem empiricamente a ideia de ausência total e completa de autonomia, atribuída ao feminismo da dominação. Apesar de não mencionadas por Abrams, feministas brancas também se contrapuseram diretamente a MacKinnon nesse ponto, falando de experiências que, a nosso ver, se encaixam no conceito de agência psicológica proposto por Abrams. O maior exemplo, a nosso ver, é o do embate tido entre MacKinnon e a advogada feminista lésbica Mary Dunlap, em um congresso ocorrido na

⁸⁹ VANCE, C. 1992, p. 5; RUBIN, G. Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality, p. 303, 1992, in VANCE, C (ed) Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality, 1992. Existem outras críticas pró-sexo, mas aqui nos interessam as críticas relacionadas à possibilidade de agência feminina.

⁹⁰ ABRAMS, 1995, p. 329

⁹¹ ABRAMS, 1995, p. 334 cita HILL COLLINS (2000) como um todo.

⁹² ABRAMS, 1995, p. 337 cita HARRIS, 1990, p. 608.

Universidade de Buffalo em 1985, no qual Dunlap compartilhou o quão empoderada se sentia quando combatia a supremacia masculina e pediu para que todas as ouvintes que se sentissem assim se levantassem de suas cadeiras⁹³.

O segundo contraponto é o da agência transcendental. Autoras aderentes à ideia da agência transcendental enxergam a possibilidade de agência na forma como mulheres interpretam o mundo, o que pode levar a condutas emancipatórias, mesmo em um ambiente opressivo. A base dessa construção teórica é a de que fatos do mundo são narrativas, passíveis de interpretação e que o uso desta pode elucidar ambiguidades que podem então ser apropriadas para a resistência a situações de opressão. Ou seja, fatos considerados opressivos podem ser interpretados de maneira transgressora, permitindo não a reprodução da opressão, mas sim a sua problematização, por exemplo⁹⁴. Um dos exemplos utilizados por Abrams é a teoria de Sharon Marcus de que o estupro deveria ser entendido como uma “linguagem”. Dessa forma, mulheres na iminência de um estupro deveriam reinterpretar a prática, rejeitando a postura geralmente considerada “feminina” pelo *script* dessa prática cultural (passividade, paralisia, medo), revidando contra o estuprador, de forma a desestabilizar o seu significado social⁹⁵.

O terceiro contraponto é o da agência política, que diz respeito à possibilidade de mobilização e resistência nos âmbitos tanto individual, quanto coletivo. Um exemplo disso é o ato, proposto por Marcus, de resistência em caso de estupro – o que, para a autora, seria uma forma de contribuir para a mudança política. Outros exemplos mais convencionais – e menos problematizáveis – são o da mulher que sofre violência doméstica e busca ajuda, pede proteção a seus filhos e tenta se separar em meio de inúmeras adversidades⁹⁶.

Nos três casos, Abrams visa mostrar como experiências femininas não correspondem à caracterização “vitimista” da teoria de MacKinnon. Entretanto, tece ainda uma segunda crítica a MacKinnon, que se dá, a nosso ver, no âmbito da escolha política por se minimizar o valor da autonomia no âmbito do direito.

Abrams chama a atenção para potenciais problemas do imaginário do “vitimismo”, como o mau uso e a manipulação, por parte de conservadores, da vitimização, passividade e

⁹³ DUBOIS, E; DUNLAP, M; GILLIGAN, C; MACKINNON, C; MENKEL-MEADOW, C; MARCUS, I; SPIEGELMAN, P. Feminist Discourse, Moral Values, and the Law - A Conversation, Buff. L. Rev. vol. 34, nº 11, 1985.

⁹⁴ ABRAMS, 1995, p. 337-340.

⁹⁵ Ibidem, p. 341 cita MARCUS, S. Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory of Politics and Rape prevention in Feminists Theorize the political 385 (Judith Butler & Joan W.Scott eds., 1992).

⁹⁶ Ibidem, p. 348.

falta de agência atribuídas as mulheres. A autora se refere a dois casos, nos quais os fenômenos puderam ser observados. Primeiro, a crítica conservadora a mulheres sujeitas a assédio sexual, por estas se sentirem vítimas e enxergarem problemas e danos em tudo e ainda, por serem incapazes de lutar suas próprias batalhas sem o respaldo do direito. Segundo, cita decisões judiciais que levaram a falta de autonomia atribuída a mulheres ao extremo. Ou seja, como feministas insistiram que muitas mulheres não largam um marido abusivo porque não conseguem, cortes teriam dito que, pela falta de capacidade de agir autonomamente, mulheres poderiam perder a guarda dos filhos⁹⁷.

Ligada à noção de que o ideário vitimista pode ser prejudicial a mulheres, a autora Ratna Kapur, não citada o trabalho de Abrams, mas contribuindo com sua ideia de agência parcial, argumenta que entender a mulher como vítima abre espaço para respostas jurídicas protecionistas e conservadoras que têm pouco a ver com a promoção de seus direitos – respostas estas não ligadas ao mau uso e ao conservadorismo, mas realmente à ideia de que mulheres precisam de proteção. A autora se baseia em estudos pós-coloniais para demonstrar que, em muitos casos, a necessidade de proteção vira uma ladeira escorregadia, na qual não há como se traçar uma linha entre o que deve ser considerado proteção emancipatória e proteção não emancipatória. Como exemplo, fala que a proteção contra tráfico de mulheres no Nepal levou à regulações que proibiam que mulheres com menos de trinta anos viajassem sem autorização de “responsáveis”⁹⁸.

Algumas autoras enxergam ainda um problema ao imaginário criado tanto pelo direito, quanto pelo feminismo em si, não relacionado com o mau uso ou a manipulação de ideias sobre mulheres, mas sim com o fato de ambos os discursos criarem e reafirmarem imaginários e estereótipos. Abrams argumenta que isso pode ser dar por proibições legais explícitas, pelas narrativas utilizadas para a justificativa de demandas ou para decisões judiciais, para os fatos destacados em um caso ou pela forma como um problema jurídico é formulado⁹⁹. Abrams novamente cita o trabalho de Marcus, onde a autora defende que, se o estupro fosse tratado como um contrato, mulheres se veriam como sujeitos e não como objetos e, assim, teriam mais força para resistir a estupros¹⁰⁰. Um exemplo, não utilizado pela autora, mas que, a nosso ver, se enquadra nessa categoria, é o argumento da autora Janet Halley de que, ao tratar a mulher

⁹⁷ Ibidem, p. 344.

⁹⁸ KAPUR, 2002, p. 6.

⁹⁹ ABRAMS, 1995, p. 353.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 344.

vítima de estupro como objeto (homem estupra, mulher é estuprada) passivo e frágil, o discurso feminista pode levar homens a estuprarem mais mulheres¹⁰¹.

No que se segue, visamos refletir sobre os argumentos de MacKinnon à luz das críticas da agência parcial. No que se refere à crítica de MacKinnon a *Roe v. Wade*, essas críticas nos ajudam a refletir sobre a assertiva de MacKinnon de que a sexualidade impõe limites ao consentimento e à possibilidade de autonomia de mulheres nessa esfera, na medida em que esta é constituída pelo poder. MacKinnon, como se verá, argumenta que a construção da sexualidade, a partir do ponto de vista “masculino”, impõe barreiras ao controle reprodutivo de mulheres, o que mostra como o fenômeno do aborto é constituído por desigualdades – ou seja, não é um fenômeno isolado, mas um fenômeno que só existe enquanto problema social moldado pela desigualdade.

No que se refere ao argumento propositivo de MacKinnon, nos questionamos se o argumento em si é pautado na ideia de falta de autonomia – ou seja, a descriminalização do aborto é necessária, pois mulheres não podem controlar a forma como engravidam ou então porque não têm a capacidade de cuidar de eventuais filhos – ou não. Ou seja, propomos um olhar minucioso do argumento para entender se e como a dicotomia entre agência/vitimização aparece no argumento. Ademais, nos perguntamos se o argumento de MacKinnon sobre aborto reproduz um imaginário vitimista que poderia, eventualmente, abrir espaço para soluções paternalistas prejudiciais a mulheres. Ou seja, a proteção vira uma ladeira escorregadia? Se sim, o argumento pode ser reconstruído de maneira a mitigar esse problema?

3.4. Crítica à qualidade da apresentação de dados

A última crítica que será utilizada em nossa leitura é bastante específica, mas não menos importante. Trata-se da crítica à força dos dados apresentados por MacKinnon para sustentar suas teses. MacKinnon sofreu críticas de autoras feministas por apresentar dados ou muito restritos, que não conseguiam conferir estofo à sua teorização ou então por não apresentar referências em absoluto¹⁰². Dizemos que a crítica é restrita, pois, durante a nossa pesquisa, ela apareceu em apenas dois trabalhos. Primeiro, na revisão elaborada por Katharine Bartlett do livro *Feminism Unmodified*, onde critica MacKinnon por utilizar um dado muito restrito para

¹⁰¹ HALLEY, 2006, p. 344.

¹⁰² CAIN, P. Feminist Legal Scholarship. Iowa L. Rev. vol. 19, p. 21, 1991.

suportar a afirmação de que apenas 7.8% das mulheres dos Estados Unidos teriam reportado nunca terem sido vítimas de assédio ou abuso sexual. A crítica de Bartlett diz respeito ao fato de o dado utilizado por MacKinnon ter sido resultado de uma pesquisa com metodologia duvidosa, envolvendo mulheres de 930 casas na cidade de São Francisco¹⁰³. Patrícia Cain, por outro lado, defende que MacKinnon em muitos momentos não explicita suas fontes, mas não apresenta exemplos concretos, se limitando a uma afirmação mais genérica ao trabalho de MacKinnon. Entendemos que, apesar de estas críticas serem restritas, são importantes, na medida em que MacKinnon sustenta que o valor de seu trabalho como um todo se dá pela sua aderência à realidade. No que se segue, olhamos de maneira minuciosa para como os fatos são apresentados e utilizados em seus escritos sobre aborto, refletindo criticamente sobre se e como suas afirmações são sustentadas, tendo em vista seus objetivos.

CAPÍTULO 4. INTERPRETAÇÃO À MELHOR LUZ DE ROE V. WADE: A STUDY IN MALE IDEOLOGY

4.1. O argumento

“Most women who seek abortions become pregnant while having sexual intercourse with men”¹⁰⁴.

O argumento aqui apresentado foi desenvolvido por MacKinnon em 1984, no contexto da crítica à forma como o aborto foi descriminalizado pela Suprema Corte Norte-americana. O texto foi reimpresso no capítulo 12 do livro *Toward a Feminist Theory of the State*¹⁰⁵, como parte da análise sobre como a dominação sexual se manifesta no direito, argumento central de MacKinnon ao longo do livro.

Em nossa leitura, o texto tem duas ambições, sendo uma mais modesta e outra mais audaciosa. Essas duas ambições são, como se verá, em alguma medida independentes uma da outra e em alguma medida, entrelaçadas. A primeira ambição é a de olhar de maneira crítica para a questão do aborto e para como a questão estava sendo tratada naquele momento. A segunda ambição é a de posicionar a questão do aborto no contexto da sexualidade tal qual

¹⁰³ BARTLETT, 1987, p. 1564.

¹⁰⁴ MACKINNON, 1984, p. 46.

¹⁰⁵ MACKINNON, 1989, p. 185.

proposta na obra mais ampla da autora e utilizar a análise sobre aborto apresentada como evidência para sustentar sua crítica mais abrangente ao Estado Liberal. Neste ponto, a autora coloca que a forma como o aborto foi legalizado nos Estados Unidos é mais uma demonstração de que as experiências e interesses masculinos constroem eventos, definem o que é um problema e qual deve ser a sua solução¹⁰⁶.

Aqui focamos na primeira ambição, na medida em que o nosso objetivo é o de contribuir para o debate sobre o aborto e não para o estudo da teoria de MacKinnon de maneira geral.

No que se refere à análise mais restrita proposta por MacKinnon, a autora se engaja em uma crítica a *Roe v. Wade* em duas partes: na primeira parte, o fenômeno do aborto e o direito ao aborto são posicionados no contexto concreto vivido por mulheres, argumentando-se ser impossível olhar para a questão do aborto de forma destacada da sexualidade. A partir da visão adotada – qual seja, o feminismo radical - a análise da sexualidade é análoga à análise da desigualdade entre os gêneros, uma vez que a sexualidade é o ponto nevrálgico da dominação feminina¹⁰⁷. A questão do aborto é, portanto, entendida não como questão de liberdade individual, mas como atrelada à desigualdade entre os gêneros¹⁰⁸.

Na segunda parte, a autora olha criticamente para a argumentação proposta pela Suprema Corte Norte Americana em *Roe v. Wade*, e é apresentada uma crítica à escolha de se sustentar o direito ao aborto com base na doutrina da privacidade. A doutrina da privacidade reafirma a dicotomia público/privado que é alvo da crítica feminista por ter consequências concretas severas para a vida das mulheres e ideológicas para a própria construção social de mulheres¹⁰⁹. O enquadramento do aborto como questão de privacidade nem bem adere à realidade vivida por mulheres, nem bem promove a sua emancipação – no caso do aborto e da reprodução, da sexualidade de forma mais ampla e de muitas outras questões.

As ideias são complexas, então, é necessário destrinchar o argumento, prestando atenção a cada ponto.

Na primeira parte, a autora desenvolve três pontos principais:

¹⁰⁶ MACKINNON, 1984, p. 49.

¹⁰⁷ MACKINNON, 1989, p. 126.

¹⁰⁸ MACKINNON, 1984, p. 45

¹⁰⁹ P. 45 Em sua análise, a autora deixa de lado duas questões que considera importantes: primeiro, o que o aborto representa para os homens enquanto homens. O aborto confronta os homens com a possibilidade de sua própria não existência e representa a seu potencial de não continuidade no mundo. Segundo, a discussão sobre retidão moral do aborto, que a autora considera estar atrelada não à inexistência de vida do feto, mas à possibilidade de mulheres tomarem decisões sobre vida ou morte.

1. Em primeiro lugar, MacKinnon realiza uma crítica à concepção liberal sobre o aborto, com base na ideia de que a visão sobre os fatos que a permeiam está equivocada.

Segundo MacKinnon, a visão liberal tradicional do aborto é moldada e limitada por uma leitura construída a partir da experiência dos homens. A visão liberal é a de que o sexo é, via de regra, uma atividade na qual dois indivíduos – neutros a gênero - iguais decidem se engajar. Como se trata de um ambiente de livre escolha, a relação sexual e a concepção que dela resulta são vistas como fatos biológicos e são presumidas fruto de escolhas voluntárias. A concepção involuntária é aquela que ocorre por um erro num ambiente de sexo voluntário ou aquela que ocorre num ambiente de sexo involuntário, fugindo à regra. Para os casos em que há concepção involuntária, o aborto é visto como forma de reestabelecimento da livre escolha¹¹⁰. A conceptualização liberal, segundo MacKinnon, assume que as mulheres, de maneira geral, controlam significativamente o sexo, pregando que o direito ao aborto é necessário para que mulheres possam controlar os seus corpos e participar da sexualidade tanto quanto os homens.

Em oposição à visão liberal, MacKinnon afirma que a concepção se dá no âmbito da sexualidade, que é vista, a partir da teoria feminista que informa o argumento, como um local de assimetria de poder e dominação, e não como uma atividade que envolve indivíduos livres e iguais. A sexualidade, tal qual a conhecemos, é hierarquizada e a dominação feminina é erotizada. Não significa dizer que, individualmente, todas as mulheres não consentem ou não apreciem o sexo, mas sim que a sexualidade não é biologicamente construída. Aquilo que se assume como impulsos sexuais biológicos – mulheres gostam de ser dominadas, homens gostam de dominar, mulheres se excitam pela iniciativa e pelo controle masculino, enquanto homens se excitam pela passividade e pela conquista – são, na verdade, impulsos socialmente construídos, a partir do ponto de vista daqueles que detém poder na sociedade e trata-se, também, de um local de reprodução deste poder¹¹¹.

2. A partir de sua descrição, a autora argumenta que os fatos por ela expostos indicam que a gravidez indesejada não ocorre por acidente, mas sim por desigualdades que permeiam a sexualidade que antecede a gravidez.

Em vista do ambiente hierarquizado da sexualidade, dentre outras coisas, mulheres se sentem, segundo a autora, compelidas a preservar a aparência de que o sexo estaria sob controle

¹¹⁰ MACKINNON, 1984, p. 46

¹¹¹ Ibidem, p. 47.

dos homens – prática esta que, reiterada, vira realidade. Isso significa não só o caso da falta expressa de consentimento, mas também a falta de consentimento não expressa, a própria forma como a relação se constrói, o seu ritmo e até o romance envolvido na relação sexual¹¹². Uma manifestação da desigualdade, central para o argumento da autora é o uso de contraceptivos ser prejudicado pelo seu significado social, qual seja, o de que houve planejamento e disponibilidade para o intercuro por parte da mulher, bem como a negação da espontaneidade do ato¹¹³. Na sexualidade assim entendida, quando uma mulher pede para usar um preservativo, ela não está apenas pedindo para que se use um preservativo, ela está rompendo com a lógica da dominação e romper com essa lógica é, muitas vezes, custoso demais¹¹⁴. Em vista disso, a autora afirma que

sexo não se assemelha muito à liberdade quando parece normativamente menos custoso para uma mulher arriscar uma gravidez indesejada e o procedimento doloroso, muitas vezes traumático, ilegal e perigoso do que exigir que o sexo não ocorra ou o uso de um preservativo¹¹⁵.

Segundo MacKinnon, quando uma mulher não tem controle total sobre quando parar o sexo, seja para propor o uso do preservativo, seja por qualquer outro motivo, não podemos simplesmente assumir que todo sexo é uma escolha. Seja o sexo em si, seja a forma que ele toma ou suas consequências. O aborto, portanto, não pode ser visto como alheio à sexualidade, mas inerente a esta, da forma como foi socialmente construída, o que, geralmente, é abstraído no debate. Por se tratar de algo inerente à sexualidade, a questão do aborto está relacionada à inúmeras desigualdades que ocorrem na esfera privada e deve ser tratada como tal.

3. Por fim, a partir da sua reflexão sobre os fatos descritos e de sua conclusão de que a concepção indesejada e o aborto são frutos de desigualdade, a autora argumenta que a visão de que o aborto é um problema individual a ser resolvido no âmbito da liberdade não é emancipatória, mas sim, subordinatória.

A autora critica a descrição dos fatos que subjaz a argumentação liberal, mas quais são as implicações disso para o debate jurídico sobre o aborto? Para responder a esta pergunta,

¹¹² Ibidem, p. 47.

¹¹³ Ibidem, p. 47. Mackinnon cita casos em que o fato de a mulher estar usando diafragma leva ao entendimento de que o que aconteceu foi sexo consentido, não estupro.

¹¹⁴ Para sustentar essa afirmação, MacKinnon cita o trabalho da historiadora feminista Kristin Luker “Taking Chances: Abortion and the Decision Not to Contracept”. Berkley: University of California Press, 1975.

¹¹⁵ MACKINNON, 1984, p. 47.

segundo a autora, devemos antes nos questionar sobre o significado da descriminalização do aborto de forma desatenta ao contexto da sexualidade. Se o aborto existe em um contexto de uma desigualdade que tem implicações diretas para a falta de controle da mulher sobre o acesso ao seu corpo – que, dentro do pensamento maior do feminismo radical, impacta diretamente na subordinação e na construção da mulher – quando entendido de forma alheia ao contexto do qual faz parte, o aborto torna-se apenas mais uma forma de acesso ao corpo feminino. Olhando para o aborto de forma contextualizada, percebe-se que este deve ser entendido em conformidade com o direito das mulheres de realmente controlarem o acesso ao seu corpo e a sua sexualidade. Se isso não ocorrer, a liberação do aborto se torna apenas uma forma de garantir que o acesso ao corpo feminino seja ainda mais irrestrito¹¹⁶. Olhar para o aborto como completamente apartado da sexualidade possibilita que o aborto seja descriminalizado e que as mulheres, ao menos em teoria, passem a participar com menos restrições da sexualidade, mas, novamente, não reflete criticamente sobre os termos em que as mulheres efetivamente participarão da sexualidade. A autora argumenta que, se visto como questão de liberdade, a descriminalização do aborto é, em alguma medida, subordinatória¹¹⁷. Esse argumento é muito polêmico, pois deu margem à interpretação de que MacKinnon seria contra a descriminalização do aborto¹¹⁸. Em realidade, nesse ponto, o argumento que a autora visa sustentar é o de que o liberalismo cria os instrumentos para a continuidade da dominação sexual. A descriminalização do aborto seria um mecanismo para aumentar a participação das mulheres na vida sexual, tal qual moldada pelos homens e vista como questão de liberdade, tornando obscuras todas as relações de poder que fazem com que mulheres tenham que recorrer a abortos em primeiro lugar¹¹⁹. Ou seja, MacKinnon quer dizer que, da forma como a questão tem sido lidada – em termos liberais – a descriminalização do aborto não consegue ser realmente emancipatória para mulheres. O emancipatório não é só poder fazer aborto – o emancipatório é não precisar fazer aborto.

Na segunda parte, a autora desenvolve um ponto: O direito à privacidade utilizado em Roe para sustentar a descriminalização do aborto reafirma a dicotomia público/privado. Para a autora, a ideia de privacidade assume a existência de duas esferas: uma pública, na qual o Estado tem mais poder para regular relações humanas e uma privada, que demanda a abstenção de intervenção por parte do Estado. Ou seja, a esfera privada é considerada o ambiente de interação

¹¹⁶ MACKINNON, 1984, p. 51.

¹¹⁷ Ibidem, p. 49.

¹¹⁸ PECHESKY, Abortion as “Violence Against Women”: A Feminist Critique, radical Am., p. 64, 1984.

¹¹⁹ MACKINNON, 1984, p. 50.

entre indivíduos livres e iguais. Para a autora, a divisão entre público e privado é arbitrária e ideológica – ou seja, não é algo “natural” - e contribui para a subordinação feminina. A privacidade, nesse contexto, é garantida a quem detém o poder, mas não à parte mais fraca. Ao assumir uma igualdade que não existe no ambiente privado, a doutrina da privacidade apenas “traduz valores sociais à retórica dos direitos individuais”¹²⁰. Nesse contexto, o Estado não apenas se abstém de intervir em danos materiais sofridos por mulheres (como abuso sexual marital, por exemplo), como também auxilia na perpetuação da desigualdade que nasce da e perpetua desigualdades¹²¹.

No que se segue, focaremos em interpretar o texto a sua melhor luz, em vista de contrapontos expostos por outras autoras feministas. Nesta seção, nos preocupamos em olhar especificamente para três pontos: como se dá a construção de conhecimento de baixo para cima, o papel da sexualidade para o argumento e a necessidade de se aceitar a tese mais ampla proposta pela autora sobre sexualidade para aderir ao argumento específico sobre aborto e o argumento no qual a autora critica a privacidade, que envolve também um olhar para como essa crítica é construída de baixo para cima.

4.2. Interpretação à melhor luz

4.2.1. O argumento no contexto da obra geral de MacKinnon

A nosso ver, a crítica de MacKinnon a *Roe v. Wade* apresentada se encaixa na obra mais ampla de MacKinnon de algumas maneiras. Primeiro, pela tentativa de aplicação do método, ou seja, de olhar para a questão do aborto de maneira contextualizada, levando em consideração a forma como o fenômeno é experienciado. Utilizando o método, MacKinnon posiciona o aborto como parte da sexualidade desigual, de maneira geral, e, de maneira específica, tenta demonstrar como desigualdades que permeiam a sexualidade impactam a forma como ocorre a gravidez indesejada. Ou seja, a sexualidade tem um papel relevante em seu argumento.

No que se refere à análise do direito, MacKinnon o faz de maneira radical, ou seja, refletindo sobre como um princípio – qual seja, a privacidade – que se propõe como neutro é, na realidade, construído a partir de experiências masculinas – como o fato de homens experienciarem o ambiente privado como uma esfera de liberdade – e também de interesses

¹²⁰ Ibidem, p. 49.

¹²¹ MACKINNON, 1984, p. 51.

masculinos – ou seja, o de reforçar a dicotomia público/privado que permeia o princípio da privacidade, de forma a manter o ambiente privado sob o seu controle. Da mesma forma, MacKinnon defende que, ao contrário do que ocorre com homens, o ambiente privado é experienciado por mulheres como um ambiente não de liberdade, mas sim de assimetria de poder e opressão. Consequentemente, o reforço dessa doutrina seria ruim, na medida em que, com o afastamento do Estado, a opressão feminina apenas seria reproduzida e reforçada.

Por fim, há também a manifestação da ideia de necessidade de transformação estrutural. MacKinnon argumenta que, da forma (masculina) como estava sendo tratada, ou seja, como questão de liberdade, a legalização do aborto seria apenas uma forma de inclusão de mulheres na sexualidade, tal qual experienciada por homens. Para MacKinnon, a possibilidade de aborto seria positiva, mas, nesses termos, não permitia o questionamento sobre como a sexualidade é moldada por hierarquias de poder e as reproduzem.

No que se segue, discutimos sua crítica a partir de críticas também feministas a sua obra de maneira ampla, tentando refletir sobre eventuais fragilidades e apresentar uma interpretação do argumento que possibilite a superação ou a mitigação dessas fragilidades, buscando apresentá-lo à sua melhor luz.

4.2.2. As fontes da construção de conhecimento de baixo para cima

Conforme exposto acima, o método de construção de conhecimento de baixo para cima é tão fundamental para trabalhos feministas em direito que sua adoção pode definir a qualidade do trabalho e, no limite, até o caráter feminista do trabalho. A avaliação do trabalho de MacKinnon por outras autoras feministas é ambivalente. De um lado, a autora é vista como a introdutora desse método, importado de outras áreas de conhecimento, na academia feminista em direito e como sendo quem mais consistentemente o aplicou em seu trabalho¹²². Enquanto é bastante aceita a ideia de que o seu trabalho inicial sobre assédio sexual é construído de baixo para cima, seu trabalho posterior – principalmente o seu trabalho com maior nível de abstração sobre a estrutura de dominação patriarcal – recebeu críticas¹²³.

Não é um exagero dizer que a ideia de que o conhecimento feminista emancipatório é aquele aderente à realidade, que bem reflete experiências femininas, é um consenso entre teóricas

¹²² LITTLETON, 1989, p. 752; CAIN, 1988, p. 198.

¹²³ CAIN, 1991, p. 21.

feministas do direito¹²⁴. O que não é um consenso é a medida em que MacKinnon de fato constrói o seu conhecimento de baixo para cima e como ela o faz. Ainda que MacKinnon sustente sua tese de que a sexualidade é moldada pelo poder, o que torna a ideia de consentimento problemática na experiência feminina, autoras questionaram o seu uso de dados estatísticos com pouco potencial de universalização¹²⁵. Ainda, MacKinnon afirma que sua tese é construída com base em relatos de mulheres, mas tem seu trabalho questionado na medida em que não oferece detalhes sobre suas fontes¹²⁶.

Refletindo especificamente sobre a crítica de MacKinnon a *Roe v. Wade*, devemos então nos perguntar: MacKinnon oferece provas suficientes para sustentar sua tese?

Na primeira parte de seu argumento, a autora se propõe a posicionar o aborto na vida das mulheres, de forma a argumentar que a visão liberal que permeia *Roe* não leva em consideração experiências concretas de mulheres que demonstram como a desigualdade permeia a reprodução. Na segunda parte, MacKinnon argumenta que a doutrina da privacidade não só não corresponde à realidade de mulheres, como também preserva uma ideologia nociva, que mantém o Estado afastado de um ambiente desigual, perpetuando a desigualdade.

No que se refere à parte descritiva, MacKinnon se dedica a posicionar o direito ao aborto na experiência das mulheres, argumentando que este é parte inseparável da sexualidade (o que, para a autora, é uma experiência constituída pela desigualdade)¹²⁷.

MacKinnon inicia seu argumento dizendo que liberais e conservadores compartilham da visão de que mulheres controlam o sexo – do qual a gravidez se deriva –, mas que “*investigações feministas sugerem o contrário*”¹²⁸. Segundo a autora, na realidade, o sexo não pode ser considerado livre, porque o “*feminismo*”¹²⁹ descobriu uma série de fatos que indicam que a linha entre o que mulheres querem e o que mulheres fazem no sexo é muito tênue – assim, a relação sexual não pode ser “presumida igualmente determinada”. As aspas foram atribuídas aos termos acima propositalmente, na medida em que chama a atenção o caráter genérico e evasivo do sujeito que descobriu os fatos que passam a ser tomados como verdadeiros pela autora. Lido de maneira descontextualizada, o texto deixa a leitora perplexa. Quais são as “investigações feministas”? Quem é o “feminismo”? A perplexidade é tão grande que essas

¹²⁴ CAIN, 1988, P. 195.

¹²⁵ BARTLETT, 1987, p. 1564.

¹²⁶ CAIN, 1991, p. 21.

¹²⁷ MACKINNON, 1984, p. 45.

¹²⁸ MACKINNON, 1984, p. 46. Grifo nosso.

¹²⁹ Grifo nosso.

referências genéricas levantam suspeitas sobre a credibilidade dos fatos que sustentam a descrição que se segue.

MacKinnon é muito evasiva e não oferece citações. Mas existem duas formas de interpretar o que ela faz. Uma forma de interpretar essa passagem é a de que a autora não apresenta dado nenhum que comprove sua tese, o que desqualifica o que se segue. Outra forma de interpretar é a de que a autora não foi cuidadosa, inconsciente ou conscientemente (não importa para esta análise). Essa segunda interpretação é melhor, tendo em vista o contexto no qual o texto se insere. Lendo o texto de maneira contextualizada, uma interpretação possível é a de que a autora esteja se referindo ao seu trabalho mais amplo, acadêmico e não acadêmico e a todo trabalho acadêmico e não acadêmico de outras pessoas que os ancoram.

No tempo que antecedeu a publicação do texto sobre Roe (1984), a autora já havia publicado sobre temas como assédio sexual e estupro¹³⁰. Em ambos os casos, a autora se refere constantemente a dados concretos – advindos da sua experiência como advogada, de estatísticas e de trabalhos acadêmicos empíricos. O seu trabalho sobre assédio sexual não enfrenta muita polêmica, na medida em que tem o escopo relativamente reduzido de oferecer explicações e soluções para o caso específico do assédio sexual. O seu trabalho sobre estupro, até então, fazia parte do seu trabalho teórico com maior grau de abstração e ambição. Entretanto, ainda que as conclusões mais amplas e ambiciosas extraídas a partir de sua análise sobre estupro sejam muito contestadas, o trabalho é ancorado na realidade e não é necessário aderir à sua interpretação ampla sobre os fatos que observa para se aderir à interpretação mais restrita de que assédio sexual e estupro demonstram que desigualdades de poder permeiam a sexualidade – ao menos em alguma medida¹³¹.

Após fazer a primeira afirmação mais geral de que investigações feministas sugerem que o sexo seja permeado por desigualdades, o que afeta a tomada de escolhas de mulheres nesse âmbito, MacKinnon tenta concretizar essa afirmação no caso do aborto. A autora afirma que a sexualidade é construída de maneira que o que é considerado “sensual” é a iniciativa masculina e a submissão feminina. Nesse contexto, a interrupção dessa dinâmica na hora da relação sexual para o uso de preservativos é custosa para mulheres. Outro exemplo é o do significado social

¹³⁰. MACKINNON, C. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1979; MACKINNON, C. *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence in The Canon of American Legal Thought*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, p. 1983, p. 647 em diante.

¹³¹ A intenção da autora, principalmente no trabalho sobre estupro, era ambiciosa, mas sua intenção não importa tanto para o tipo de interpretação que propomos aqui.

negativo do uso de contraceptivos¹³². Ou seja, o não uso de preservativos não é nem uma livre escolha e nem fruto de uma ordem expressa por parte do homem necessariamente, mas algo mais sutil, que fica na zona cinzenta entre consentimento e não consentimento, já que é consciente, porém moldado por uma construção sexual do que é ou deve ser o sexo.

Para sustentar suas afirmações, a autora se reporta a dados apresentados em um estudo levado a cabo pela socióloga Kristin Luker em 1975, no qual a autora conduziu entrevistas com mulheres que realizaram abortos em uma clínica de São Francisco. Na pesquisa, a autora descobriu que $\frac{3}{4}$ das mulheres que tinham passado pelo procedimento o fizeram por conta do fenômeno cunhado como *contraceptive risk taking*. As mulheres tomadoras de risco do estudo eram aquelas que sabiam da existência de contraceptivos, já haviam utilizado em algum momento, mas que, no período no qual se deu a gravidez ou no momento da relação sexual, não os tinham utilizado. De forma a entender esse fenômeno, Luker conduziu entrevistas com tomadoras de risco e um de seus resultados foi o de que muitas mulheres não utilizavam contraceptivos por seus significados sociais, como a vergonha, estigma e uma certa postura passiva na decisão de utilizar ou não, deixando a escolha nas mãos do homem – mesmo sabendo dos riscos¹³³. Segundo a autora, essa lógica estaria relacionada com as pressões contraditórias sofridas por mulheres, que impunham que mulheres fossem “sexuais, mas não tão sexuais, sexualmente responsivas, mas apenas na hora certa, com o homem certo e responsáveis, mas sem parecer sexualmente agressivas”¹³⁴.

Como se vê, MacKinnon se reporta a dados. Dados mais amplos (não expostos e muito menos explorados de maneira suficiente nesse texto) e dados mais restritos – restritos ao ponto de que se questione de são suficientes para sustentar o argumento. Para chegar a uma conclusão quanto a isso, entretanto, devemos nos perguntar se esses fatos são suficientes para sustentar o argumento que a autora quer fazer *nesse ponto específico*, tendo em vista o *tipo de trabalho acadêmico que propõe*. Para responder a essa questão, entretanto, é necessário que se olhe não apenas para o conteúdo da argumentação, mas também para a forma como a autora argumenta,

¹³² MACKINNON, 1984, p. 47.

¹³³ Não tivemos acesso ao livro citado por MacKinnon (LUKER, Kr. *Taking Chances: Abortion and the Decision Not to Contracept*. Berkeley, Cal.: University of California Press, 1975), mas tivemos acesso a um artigo onde Luker apresenta de forma resumida as conclusões de sua pesquisa. LUKER, K. *Contraceptive Risk Taking and Abortion: Results and implications of a San Francisco Bay Area Study*. *Studies in Family Planning*, Aug., 1977, Vol. 8, No. 8, p. 190-196.

¹³⁴ LUKER, 1977, p. 192.

o tipo de evidência utilizada, o estilo de escrita utilizado e o propósito do texto no mundo. Ou seja, o texto deve ser julgado a partir das normas, regras e convenções específicos do gênero¹³⁵.

Se uma classificação é necessária, o texto se aproxima de um ensaio acadêmico. Isso, pois o foco desse tipo de produção é a exposição coerente e consistente de uma ideia, de maneira mais livre do que o que se espera de um artigo. A autora não expõe achados – talvez por isso passe de maneira tão superficial por eles – mas sim reflete sobre o que eles dizem sobre o mundo. O texto não é fruto de um trabalho empírico desenvolvido pela autora que visasse investigar como mulheres experienciam o aborto. Ou seja, não se trata de um texto no qual a autora expõe dados encontrados a partir de uma metodologia rígida de pesquisa. Trata-se, ao contrário, de um texto argumentativo, no qual, a partir de algo observado (mesmo sem querer), se propõe uma reflexão. É claro que analisar a qualidade da exposição de certos fatos continua a ser necessária, mas, nesse tipo de texto, o ônus recai mais sobre a ideia do que sobre os dados e a metodologia para a sua coleta.

Quando MacKinnon propõe posicionar o aborto na realidade de mulheres, ela o faz para problematizar as visões liberais e conservadoras tradicionais sobre aborto, que têm como base, justamente, a ideia de que mulheres controlam as condições da concepção sempre. A partir daí, a autora argumenta que a visão liberal que permeia *Roe v. Wade* não consegue defender bem o direito ao aborto, porque ela não questiona a desigualdade que gera a necessidade do aborto em primeiro lugar. Como se vê, não se trata de um argumento muito ambicioso – do tipo “a sexualidade é a raiz da opressão feminina” – mas sim um argumento mais modesto de que, em alguma medida, escolhas são moldadas de forma que se coloca em revista a assunção de que sexo é sempre 100% livre. Tendo isso em vista, os dados apresentados nesse ponto específico parecem suficientes.

4.2.3. A essencialização da sexualidade e a falta de agência sexual

No primeiro parágrafo do ensaio, MacKinnon deixa bastante clara a sua intenção de argumentar que “o aborto é parte da sexualidade, assumindo que a análise feminista da sexualidade é a nossa análise de desigualdade de gênero”¹³⁶. Neste ponto, MacKinnon se refere

¹³⁵ HO, T. The Academic Essay. Disponível em <https://www.dartmouth.edu/~engl5vr/guidelines.htm#:~:text=The%20academic%20essay%20is%20merely,no rms%2C%20rules%2C%20and%20conventions>. Acesso em: 6 de novembro de 2020.

¹³⁶ MACKINNON, 1984, p. 45.

em nota de rodapé ao seu artigo *Feminism, Marxism, Method and The State*¹³⁷, no qual articula pela primeira vez o que significa entender a sexualidade como desigualdade. Na obra de MacKinnon, a sexualidade oprime mulheres de maneira estrutural, independentemente de como a mulher que participa da relação se sente sobre isso. A hierarquia, no pensamento da autora, coloca em xeque a ideia de consentimento. O problema do consentimento em relações sexuais não está apenas nas situações em que mulheres são expressamente coagidas por meio de violência física, mas também na forma pela qual a sexualidade, suas normas e padrões são construídas do ponto de vista do poder¹³⁸. Isso se dá tanto na (não) liberdade de se engajar numa relação sexual – o que escancara o caráter tênue da linha entre sexo consentido e estupro – mas também em outras situações. Assim como a sexualidade é moldada pelo poder, o poder é moldado pela sexualidade construída a partir do “ponto de vista” masculino, na medida em que este erotiza a dominação, tornando-a algo natural e inevitável.

Conforme apresentado acima, a visão de sexualidade proposta por MacKinnon foi extremamente criticada em outros contextos. Em primeiro lugar, pela universalização de uma experiência única de sexualidade¹³⁹. Em segundo lugar pela existência de dúvida sobre o real ancoramento da teoria na realidade, por insuficiência de dados que confirmem a sua teoria no ponto específico da sexualidade¹⁴⁰. Em terceiro lugar e, mais importante para a leitura do argumento que a autora tenta fazer nesse momento do texto, pela ideia de que mulheres não teriam agência alguma na sexualidade. Essa crítica aparece muitas vezes na forma da ideia de que MacKinnon entende que todo sexo heterossexual é uma forma de estupro¹⁴¹, na ideia de que MacKinnon nega a possibilidade que mulheres encontrem satisfação na sexualidade, na ideia de que mulheres que encontram são colaboracionistas da dominação¹⁴² e na ideia de que mulheres não contam com nenhum grau de agência sexual¹⁴³.

A validade dessas críticas é contestada por alguns motivos, dentre eles pelo fato de MacKinnon se preocupar com uma análise estrutural e não com os sentimentos de mulheres sobre o sexo e pelo fato de que o objetivo de MacKinnon é o de problematizar a sexualidade e,

¹³⁷ MACKINNON, 1983.

¹³⁸ MACKINNON, 1987, p. 88.

¹³⁹ HARRIS, 1990, p. 598; FINEMAN, 1988, p. 381.

¹⁴⁰ BARTLETT, 1987, p. 1564; CAIN, 1991, p. 21.

¹⁴¹ ESTRICH, S. Teaching Rape Law, Yale L.J n°. 10, p. 912, 1992; SCHWARTZ. With a gun and camera through darkest CLS-Land, vol. 36, Stan. L. Rev, p. 413, 1984; ROSS, A. Politics without pleasure, YALE J.L, p. 201, 1988.

¹⁴² ROSS, 1988, p. 201.

¹⁴³ Ibidem, p. 201; FINEMAN, 1988, p. 381.

assim, ressaltar os pontos positivos poderia tirar o foco de sua mensagem.¹⁴⁴ Mas, o objetivo do presente trabalho não é o de refletir sobre o trabalho mais amplo de MacKinnon e, por conta disso, dirimir a querela sobre o reconhecimento ou não de agência sexual na obra da autora não é necessária aqui. Nosso trabalho tem como propósito refletir sobre como a obra de MacKinnon sobre aborto deve ser interpretada à melhor luz, ou seja, queremos saber o que se extrai (ou não) de bom dele e, tendo em vista as críticas expostas acima, temos que nos questionar sobre em que medida o aproveitamento do argumento específico sobre aborto do texto depende da aderência integral de sua obra mais ampla, assumindo que as críticas supracitadas estejam corretas.

De forma a refletir sobre os impactos de críticas antiessencialistas e críticas à impossibilidade de agência feminina na sexualidade no argumento de MacKinnon sobre aborto, devemos antes refletir sobre como a sexualidade aparece na argumentação e qual é o seu papel em cada ponto.

A primeira parte da argumentação tenta posicionar o aborto na sexualidade. Conforme exposto acima, MacKinnon aponta que investigações feministas sugerem que a sexualidade é desigual. Essa afirmação é ampla e depende que se adira a sua concepção de sexualidade inerentemente desigual. Entretanto, MacKinnon faz também um esforço de demonstrar como desigualdades que permeiam a sexualidade tem um papel relevante em como gravidezes indesejadas acontecem. Neste ponto, conforme exposto acima, o argumento de MacKinnon é restrito à apresentação de dados (fundamentados) que mostram como mulheres – pelo menos naquele contexto – muitas vezes (não todas) deixavam de tomar cuidados por fatores relacionados à desigualdade. Esse dado é restrito e não demanda que se aceite a caracterização ampla que a autora faz da sexualidade. Ou seja, é possível que outras experiências femininas contradigam o argumento de MacKinnon. Uma feminista poderia dizer, por exemplo, que acidentes acontecem ou até mesmo que acidentes acontecem mais do que fatores relacionados à desigualdade. Mas, essa contraposição não mina o argumento que MacKinnon visa fazer nesse momento específico do texto.

Entendemos que não é necessário aderir ao pensamento mais amplo de MacKinnon sobre sexualidade para aderir ao seu argumento mais restrito sobre aborto ser um problema relacionado, ao menos em alguma medida, a desigualdades que permeiam a gravidez indesejada. Isso pois o argumento de que o aborto é um fenômeno permeado por desigualdades

¹⁴⁴ OLSEN, 1989, p. 1159.

se sustenta pelos fatos específicos apresentados por MacKinnon sobre como desigualdades operam no momento da concepção. Fatos estes construídos com base em experiências específicas.

A intenção da autora poderia ser a de que sim, a aderência ao seu pensamento de forma ampla seria inerente a sua crítica a Roe. Entretanto, esse atrelamento não é necessário para a sustentação do argumento, já que basta a assertiva mais modesta de que existem desigualdades que permeiam a forma como a gravidez indesejada ocorre. Nesse sentido, críticas à visão de sexualidade proposta por MacKinnon de maneira geral não afetam necessariamente o valor do argumento, se o adotarmos em uma versão mais modesta.

O argumento descritivo de que a sexualidade – ambiente no qual se dá a gravidez indesejada – é permeada por desigualdades desemboca em um argumento normativo. A autora defende que, ao ser tratado como questão de liberdade, sem que se leve o papel da desigualdade em consideração, a legalização do aborto torna-se subordinatória. Isso, pois a desigualdade que cria a necessidade de se fazer um aborto em primeiro lugar não é questionada. Novamente, entendemos que o argumento não é impregnado por desafios antiessencialistas, na medida em que os fatos utilizados para sustentar a existência de desigualdades são específicos e suficientes para sustentar a argumentação.

Por outro lado, esse argumento acende uma luz vermelha quanto a questionamentos relacionados à agência. O argumento de MacKinnon pode ser lido como se a autora quisesse dizer que a legalização do aborto seria ruim para mulheres, pois contribuiria para o aumento de sua subordinação. MacKinnon diz expressamente que, mesmo sendo defendida como questão de liberdade, a legalização do aborto é positiva, pois confere um alívio imediato para mulheres que não querem/podem ter filhos em um mundo de desigualdades; entretanto, o argumento poderia ser mal utilizado ou manipulado, conforme sugerem os argumentos na chave da agência parcial. Entretanto, o uso da argumentação de forma a proibir o aborto seria cínico, na medida em que, o que anima o argumento, é, justamente, a busca pela emancipação feminina. Infelizmente, não é possível controlar más intenções e manipulações do texto. Mas é possível defender que a visão que entende que MacKinnon é contra o aborto está equivocada, tendo em vista o contexto geral no qual se insere essa parte de sua argumentação.

No que se refere ao último ponto do texto, de que a abordagem liberal de Roe teria refletido experiências e interesses masculinos na preservação da hierarquia de poder e seria negativa para mulheres por reforçar o afastamento do Estado da vida privada, legitimando a sexualidade

desigual, entendemos haver um entrelaçamento maior entre o argumento em si e a ideia de sexualidade que permeia o argumento da autora, deixando este ponto vulnerável a críticas. Entretanto, o ponto será melhor explorado abaixo, onde nos dedicamos a olhas especificamente para a crítica à privacidade tal qual levada a cabo por MacKinnon.

Em conclusão, entendemos que a aderência ao argumento amplo de MacKinnon sobre sexualidade não é necessária, de forma que o argumento não padece perante críticas antiessencialistas e de agência parcial. Isso, se for entendido de maneira mais restrita - entendendo-o não como um argumento totalizante sobre como a sexualidade ocorre na vida de todas as mulheres, mas sim como um argumento que joga luz sobre o fato de que desigualdades podem ter um papel importante na forma como gravidezes indesejadas ocorrem. Ademais, o argumento mais amplo de que não levar em consideração essas desigualdades têm um potencial subordinatório, na medida em que as naturaliza também se sustenta, sem que se adira ao entendimento de que a sexualidade é sempre nociva. Por outro lado, entendemos que o argumento de MacKinnon de que a abordagem liberal tem tendências subordinatórias pode ser manipulado ou mal aplicado, levando a resultados paternalistas e ainda mais subordinatórios. Entretanto, entendemos que essa leitura não se sustenta tendo em vista o contexto geral do argumento.

4.2.4. A ideologia da divisão público/privado e o direito à privacidade

Conforme apresentado acima, para algumas autoras, MacKinnon universaliza a experiência feminina, o que mina muitas de suas conclusões¹⁴⁵.

As críticas apresentadas acima se dirigem à parte da obra de MacKinnon com maior nível de abstração: a sua descrição da realidade das mulheres, a sua descrição da opressão e a sua explicação para a opressão. Por questionarem os alicerces da teoria ampla de MacKinnon, críticas como essas levantam uma luz vermelha para os braços do trabalho de MacKinnon onde a autora analisa casos concretos a partir de sua teoria do Estado, como é o caso de seu trabalho sobre aborto, que nos interessa aqui. É necessário, portanto, revisar a argumentação da autora, à luz das críticas antiessencialistas.

MacKinnon critica a abordagem da privacidade adotada em *Roe v. Wade*, por esta legitimar a divisão entre público e privado que seria prejudicial para mulheres, na medida em

¹⁴⁵ CAIN, 1988, p. 197.

que o ambiente doméstico é o local principal da subordinação feminina. É onde ocorre a violência doméstica, a violência sexual e a gravidez indesejada. Ainda, a autora argumenta que entender o aborto como questão de liberdade individual é fruto de uma visão masculina sobre a sexualidade que anima a conceptualização jurídica da questão. Em linhas gerais, a sexualidade é experienciada por homens como uma questão biológica, enquanto que, para mulheres, é experienciada em um ambiente de desigualdade. Nesses primeiros escritos existem algumas questões que, à luz de críticas antiessencialistas, fragilizam o argumento.

A primeira delas é a assertiva de que a doutrina da privacidade seria negativa por reforçar a divisão ideológica entre público e privado. MacKinnon não foi a primeira e nem a única feminista a criticar essa divisão ideológica, tampouco foi a única a criticar como essa ideologia era reforçada pelo direito norte-americano¹⁴⁶. A crítica feminista a essa divisão ideológica foi central para o feminismo por muitos anos e algumas feministas chegaram ao extremo de afirmar que se trata, no limite, da grande pauta do feminismo.¹⁴⁷

Muitas feministas afirmaram que a divisão entre público e privado é ideológica e serve para perpetuar a subordinação de mulheres. Na esfera pública, do trabalho, aos indivíduos são impostos limites, para que a convivência seja possível. Na esfera privada, da família, assume-se que há consentimento e escolha, o que justifica o entendimento dessa esfera como a esfera da liberdade¹⁴⁸. Assim, a intervenção do Estado seria destrutiva para a harmonia, e a sua ausência garantiria com que os seres humanos se realizassem plenamente.

Investigações feministas como a apresentada por MacKinnon, entretanto, sugerem o caráter utópico dessa forma de se enxergar as interações humanas¹⁴⁹. Na realidade, existe assimetria de poder entre as pessoas, o que gera e fortalece a dominação dos mais fracos na esfera privada. A esfera privada é, para muitas mulheres, o ambiente da violência doméstica, do estupro, do trabalho não remunerado. Ao se manter afastado, o Estado então apenas contribui para a manutenção desse estado de coisas¹⁵⁰. Por conta disso, o direito à privacidade, que, pelo menos

¹⁴⁶ TAUBE, N; SCHNEIDER, E. Women's subordination and the role of law, p. 9, 1993.

¹⁴⁷ PATEMAN, C. Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy, Cambridge (Polity Press), p. 118, 1989.

¹⁴⁸ OKIN, S. Gênero, o público e o privado. Rev. Estud. Fem, vol. 16, n.º. 2, Florianópolis, p. 306, 2008.

¹⁴⁹ COPELON, R. From privacy to autonomy: the conditions for sexual reproductive freedom, in FRIED, M. From abortion to reproductive freedom: transforming a movement. South End Press, p. 33, 1990; FIRESTONE, S. The Dialect of Sex. New York: William Morrow, 1971. Inúmeras outras análises referentes a como a dicotomia público/privado impacta na vida de mulheres, nas mais diversas áreas de suas vidas, estão compiladas em BOYD, 1997 (Challenging the Public/Private divide: feminism, law and public policy. Toronto: University of Toronto Press). Essa crítica é aceita também por feministas, como OLSEN, 1985 (The Myth of State Intervention in the Family, U. Mich. J.L. Reform, vol. 18), que não visam “explodir” o conceito de privacidade, mas sim o reformulam para que possa ser protetivo às mulheres.

¹⁵⁰ MACKINNON, 1987, p. 97.

a princípio parece um enorme ganho, é visto como um mecanismo abstrato e supostamente neutro, que serve para legitimar, juridicamente, a subordinação de mulheres. A privacidade pertence ao indivíduo com poder: assume que indivíduos são iguais, mas não permite que essa assunção seja realidade¹⁵¹.

Ademais, o ambiente privado não só foi problematizado por ser o local onde inúmeras mulheres experienciam abusos semelhantes, mas é também o que torna esses abusos experiências aparentemente pessoais¹⁵². Para autoras críticas da ideologia da dicotomia público/privado, esta é o que se encontrou na base, por muitos anos, da atomização de algumas mulheres e, assim, da impossibilidade de percepção de que alguns problemas não eram pessoais, mas sim, políticos. Ou seja, eram problemas de grupo, moldados por assimetrias de poder¹⁵³.

A dicotomia público/privado era de fato uma realidade na vida de mulheres brancas de classe média – artificial, mas, ainda assim real –, já que estas estavam confinadas ao âmbito da família e, de fato, tratava-se de um ambiente de abusos materiais. Entretanto, as críticas acima apresentadas foram colocadas em xeque por feministas negras que, por conta de suas experiências diferentes, não compartilhavam, necessariamente, das críticas elaboradas por feministas brancas e não nutriam os mesmos sentimentos sobre as conclusões de feministas brancas.

Em primeiro lugar, a própria divisão conceitual entre público e privado foi criticada por ser inútil para pensar a vida de mulheres negras. Para a autora, o arquétipo branco, de classe média alta - da casa privada que abriga um casal heterossexual com sua família nuclear de estrutura hierárquica, inserida em uma divisão clara entre o homem que trabalha fora e a mulher que cuida da casa - que configura o “privado” não seria compatível com a vida de muitas mulheres negras. Ao contrário, a realidade de muitas mulheres negras era muitas vezes a da privação econômica, do trabalho fora de casa, da maternidade solo, e da co-divisão de espaços com a família estendida¹⁵⁴. Da mesma maneira, a divisão clara, pressuposta pela divisão, entre o ambiente público do trabalho remunerado e o ambiente privado do trabalho não remunerado abusivo não correspondeu, historicamente, à realidade das mulheres negras: por anos, mulheres negras norte-americanas trabalharam de maneira não remunerada na esfera pública, exerceram

¹⁵¹ MACKINNON, 1991, p. 1311.

¹⁵² Ibidem, p. 1311.

¹⁵³ OKIN, 2008, p. 312.

¹⁵⁴ HILL COLLINS, P. *Pensamento Feminista Negro*, 1ª ed, São Paulo: Boitempo, p. 103, 2018.

trabalho não remunerado considerado emancipatório na esfera privada e exerceram trabalhos domésticos remunerados nas casas de outras pessoas¹⁵⁵.

Em segundo lugar, algumas feministas questionaram o valor atribuído por mulheres brancas à esfera privada e à privacidade como não refletindo o valor que este ambiente teria para estas¹⁵⁶. Para muitas mulheres negras, o ambiente privado, ainda que precário, era muitas vezes um ambiente de proteção da intervenção dos brancos em sua privacidade¹⁵⁷. Ademais, na história das mulheres negras, o ambiente privado – na medida em que existisse – era muitas vezes um lugar de resistência e de realização¹⁵⁸. A autora bell hooks¹⁵⁹, por exemplo, afirma que, em um mundo de racismo e violência, a casa era o espaço onde ocorria tudo que realmente importava na vida: o calor e o conforto do abrigo, o alimento do corpo e da alma, o aprendizado da dignidade e da integridade do ser e o reforço da fé. E mais: era o domínio de mulheres fortes, principais responsáveis pelo aprendizado.¹⁶⁰

O trabalho não remunerado, visto por muitas feministas brancas, como fonte de exploração, era visto por muitas mulheres negras como empoderador – especialmente em comparação com seus trabalhos levados a cabo fora de casa, servindo pessoas brancas. Era o trabalho não só de cuidado material, mas de cuidado espiritual, de resistência à dominação¹⁶¹. Isso coloca em xeque a assertiva de que o ambiente privado é necessariamente o ambiente do isolamento, da atomização e da não consciência da própria exploração. Se para mulheres brancas o espaço público era o que possibilitava a tomada de consciência de que o pessoal era político, para mulheres negras, o espaço privado era o espaço da dimensão política de conscientização onde o poder maior era de mulheres¹⁶². bell hooks não nega que o papel de cuidado foi atribuído a mulheres pelo sexismo, mas, por outro lado, nega sua relevância, tendo em vista o valor desse trabalho¹⁶³.

Essa visão é muito contrastante com a de que o ambiente privado seria o ambiente da expropriação e da atomização, que permeia o argumento de MacKinnon e, consequentemente,

¹⁵⁵ Ibidem, p. 103.

¹⁵⁶ HILL COLLINS, 2000, p. 51.

¹⁵⁷ HILL COLLINS, 2000, p. 47; HOOKS, B. *Talking Back: Thinking Feminist, Thinking Black*. South End Press, p. 47, 1999.

¹⁵⁸ HOOKS, “Homeplace: A Site of Resistance”, in: *ibid*, *Yearning: Race, Gender and Cultural Politics*, Boston (South End Press), p. 42, 1990

¹⁵⁹ A autora não utiliza letras maiúsculas em seu nome.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 41-42.

¹⁶¹ Ibidem, p. 42.

¹⁶² Ibidem, p. 46.

¹⁶³ Ibidem, p. 42.

com o valor que a autora atribui à privacidade. Isso não quer dizer que essas feministas não problematizavam também o trabalho como sendo exaustivo e a existência de assimetrias de poder e nem que sustentavam uma visão romantizada do empoderamento feminino através do trabalho não remunerado de cuidado, mas sim que olhavam a visão demonizadora do privado como incompatível com sua visão mais ambivalente desse espaço. bell hooks argumenta, por exemplo, que a opressão de mulheres negras no ambiente doméstico passou a ocorrer quando este ambiente começou a “imitar” os padrões socialmente aceitos como “bons” das casas de mulheres brancas, adotando, por exemplo o ideal de família nuclear hierarquizada. Nesse momento, o lar passou a perder seu valor empoderador. O problema, entretanto, não era o lar em si, mas a sua re-estruturação conformativa aos padrões brancos¹⁶⁴. Essa visão está presente também no pensamento da autora Iris Young, que argumenta que o conceito de casa não é estático, mas fluido, sendo sujeito à reconstruções e reinterpretações¹⁶⁵.

Como se vê, mulheres brancas de classe média e mulheres negras e trabalhadoras norte-americanas tinham experiências muito distintas não só do que significava o ambiente privado, como também do valor atribuído à privacidade. Isso significa que o argumento de MacKinnon quanto a esse ponto é essencialista e deve ser jogado fora? Acreditamos que sim e que não. As experiências de mulheres negras mostram como a visão do privado adotada por MacKinnon não corresponde à realidade de todas as mulheres. Entretanto, talvez a solução não seja jogar fora a crítica ao ambiente privado e à privacidade, mas, conferir-lhe uma nuance maior. Autoras como Frances Olsen nos ajudam a reformular o valor do ambiente privado e da privacidade, reconhecendo seus perigos, em linha com o argumento de MacKinnon, sem, entretanto, negar-lhe valor, em linha com o que autoras como bell hooks e Hill Collins argumentam¹⁶⁶. Ou seja, lido à luz das críticas apresentadas acima, o argumento de MacKinnon pode ser melhor interpretado não como uma assertiva universal sobre o valor do privado, mas sim como um alerta para os seus perigos.

No Brasil, por exemplo, independentemente de como mulheres se sentem sobre o ambiente doméstico, é um fato que o ambiente doméstico abriga grande parte da violência sofrida por mulheres e, portanto, a ideia de que o ambiente doméstico é um ambiente de pessoas livres e iguais sempre não é corroborada por dados. Isso significa que a ausência do Estado é

¹⁶⁴ Ibidem, p. 47.

¹⁶⁵ YOUNG, I M. House and Home. Feminist Variations on a Theme, in: ibid, *Interesting Voices. Dilemmas of gender, political philosophy, and policy*, Princeton (University Press), p. 160, 1997.

¹⁶⁶ OLSEN, F. Constitutional law: feminist critiques of the Public/Private Distinction. *Constitutional Commentary*, p. 337, 1993.

muito perigosa e que a privacidade pode e deve ser problematizada como um princípio abstrato que esconde inúmeras formas de abuso.

É importante ressaltar que, quando falamos em nuance, não aderimos ao que Harris chama de *nuance theory*, que se trata, em linhas gerais, de assumir uma universalização e, a partir daí, destacar exceções (por exemplo: o ambiente doméstico é ruim, mas, algumas mulheres negras consideram valioso). Ao contrário, nosso argumento é o de que a crítica de MacKinnon à privacidade é uma forma de olhar para a questão. Uma forma importante, mas, uma forma¹⁶⁷.

Nossa leitura até agora é a de que o argumento de MacKinnon pode ser lido não como uma assertiva universal, mas como uma visão crítica à ideia liberal de que a privacidade seria necessariamente boa. Entretanto, mesmo que se assuma a versão forte do argumento de MacKinnon que sim, a nosso ver é essencialista, ainda assim temos que nos perguntar se o essencialismo mina o argumento. A literatura antiessencialista há muito se apegou à ideia de que o essencialismo seria ruim e conservador, enquanto o antiessencialismo seria bom e progressista. Essa visão, entretanto, foi criticada por autoras antiessencialistas como sendo uma visão “essencialista” do “essencialismo”, como algo inerentemente ruim. Para autoras críticas da atribuição necessária de virtudes ao antiessencialismo, esta avaliação deveria ser contextual. Para tal, análises sobre o essencialismo devem se perguntar como o essencialismo se desenvolveu em determinado pensamento, em qual contexto o essencialismo ocorre, quem o está mobilizando e para quais fins. Em linhas gerais, o essencialismo da visão antiessencialista seria apenas e tão somente uma barreira para discussões¹⁶⁸.

A caracterização do ambiente privado de MacKinnon desemboca na sua crítica do uso do direito à privacidade utilizado em Roe para descriminalizar o aborto. Assim, a partir da perspectiva antiessencialista do antiessencialismo, não basta apenas refletirmos sobre os valores do ambiente privado e o valor da privacidade como valor jurídico em abstrato, mas também devemos nos perguntar se o enquadramento da privacidade é bom para o caso específico do aborto, o que pode ser iluminado também por outras críticas feministas ao enquadramento da privacidade adotado no caso.

Em 1973 a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de uma lei do estado do Texas que proibia o aborto, por sua incompatibilidade com o direito à privacidade,

¹⁶⁷ HARRIS, 1990, p. 595.

¹⁶⁸ FUSS, D. *Essentially Speaking: feminism, Nature & Difference*. Routledge, p. 11, 1989.

no caso *Roe v. Wade*¹⁶⁹. A descriminalização levada a cabo por *Roe v. Wade* se baseou no direito à privacidade, que já havia sido estabelecido pela corte anteriormente, em casos relacionados ao uso de contraceptivos¹⁷⁰. Na opinião da Corte, a criminalização do aborto seria uma invasão indevida do Estado na vida e nas escolhas pessoais das mulheres.

Algumas feministas¹⁷¹ articulavam o direito ao aborto como direito à igualdade, argumentando que a sociedade teria organizado suas instituições com base na suposição de que mulheres seriam cuidadoras primárias não participantes da sociedade e que, para que mulheres pudessem participar propriamente do mercado de trabalho, na política e em outras dimensões da cidadania, precisariam poder controlar a hora de ter filhos¹⁷². Outras, por sua vez, estavam mais interessadas em fazer passar a Equal Rights Amendment e que, para poderem contar com apoio dos estados, tiveram de optar por afastar a igualdade de gênero de discussões sobre aborto¹⁷³.

A decisão abriu portas para que outras demandas progressistas fossem litigadas perante à corte. Movimentos pela liberdade sexual da população LGBT e de trabalhadoras do sexo, por exemplo, se beneficiaram do precedente ou da retórica da privacidade¹⁷⁴. Entretanto, a decisão também deu ensejo a uma rica produção bibliográfica, crítica da argumentação utilizada pela e empenhada em propor uma argumentação que conseguisse lidar com a questão do aborto em toda a sua complexidade¹⁷⁵. É importante mencionar algumas das críticas feministas mais contundentes, na medida em que elas formam a base para os argumentos jurídicos normativos que delas partiram¹⁷⁶.

¹⁶⁹ MACKINNON, C. *Sex Equality*. 2nd edition. New York: Foundation Press, 2007, p. 1010.

¹⁷⁰ Em *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), a corte entendeu ser inconsistente com a privacidade proibições ao uso de contraceptivos por pessoas casadas. Em *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972), a corte estendeu o alcance de *Griswold* para pessoas solteiras.

¹⁷¹ Mulheres negras deixaram de participar ativamente deste debate, por seu ceticismo com relação à possível relação entre a descriminalização do aborto e políticas eugenistas. (DAVIS, A. *Racism, Birth Control and Reproductive Rights*, in FRIED, M. *From abortion to reproductive freedom: transforming a movement*. South End Press, p. 23, 1990)

¹⁷² SIEGEL, R. Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection, 44 *Stan. L. Rev.* 261, 349-77, 1992. Por mais que os argumentos se refiram à igualdade, ROSS, 2017, p. 235, os enquadra como argumento “pro-choice”, que é diferente do argumento de igualdade como antisubordinação que defendo aqui.

¹⁷³ SIEGEL, R. *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA*, vol. 94, *CALIF. L. REV.* 1323, p. 1372, 2006.

¹⁷⁴ ZIEGLER, M. *Beyond Abortion: Roe v. Wade and the battle for privacy*. Harvard University Press, p. 44, 2018.

¹⁷⁵ Outras críticas incluem a possibilidade de backlash ROSEMBERG, G. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 1991; GINSBURG, p. 1985, p. 38.

¹⁷⁶ Críticas à privacidade não são unânimes entre autoras feministas. ALLEN, 1995 (*The Proposed Equal Protection Fix for Abortion Law: Reflections on Citizenship, Gender, and the Constitution*, 18 *HARV. J. L. &*

A primeira e mais constante crítica – também presente no trabalho de MacKinnon, se dá ao caráter “negativo” do princípio da privacidade, que reflete a ideia de proteção do indivíduo contra invasões indevidas do Estado, e não impõe ao Estado nenhum dever de promover a concretização do direito ao aborto. A ausência de dever positivo prejudica sobremaneira mulheres que não detinham meios de arcar financeiramente com um procedimento de aborto¹⁷⁷. Alguns anos depois, a Corte decidiu *Harris v. McRae*¹⁷⁸, caso em que a corte decidiu que o Estado não teria o dever de concretizar o direito ao aborto, reforçando a crítica. Essa decisão impactou sobremaneira mulheres que não dispunham dos meios financeiros para a realização do procedimento.

A privacidade, enquanto direito de matriz liberal, também foi criticada por não problematizar, esconder e legitimar desigualdades que permeiam a reprodução como um todo. Por exemplo, algumas feministas negras questionam o fato de que, para mulheres negras, a abordagem da privacidade é pior, não só por seu caráter negativo, mas por obscurecer o fato de que problemas reprodutivos sofridos especificamente por mulheres negras – como a esterilização forçada, por exemplo – serem frutos de assimetrias de poder¹⁷⁹.

Da mesma forma, a abordagem da privacidade é questionada por obscurecer a injustiça social que perpassa a maternidade, quando mulheres decidem ter filhos. O aborto como liberdade individual faz crer que ter um filho ou não é uma escolha e que, qualquer dano que adviesse daí, seria um risco assumido pela mãe. A “privatização” da maternidade a iguala a qualquer outra escolha. Trata-se de uma “escolha de estilo de vida dentre tantas outras que vêm com um custo alto” – como comprar um barco, por exemplo¹⁸⁰.

Ao darmos à mulher o direito de privacidade em sua “escolha” – ou seja, ao conferir a ela a “opção de saída”, a maternidade se torna uma “commodity” e assim, as condições nas quais a mulher optou por ter um filho se tornam legítimas. Nesse contexto, a mulher apenas optou por entrar em um negócio a longo prazo que envolve custos altíssimos – de sua inteira responsabilidade. A pobreza, a falta de apoio, o cansaço, o abandono e qualquer outra

PUB), por exemplo, defende a privacidade como melhor forma de se lidar com a questão do aborto, ou então SCHNEIDER, 2002, (The Synergy of Equality and Privacy in Women’s Rights, U. CHI. LEGAL F. 137), que defende que o aborto deve ser visto como questão atinente tanto à igualdade, como à privacidade.

¹⁷⁷ WEST, R. From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights. Yale Law Journal 118, 2009; GINSBURG, R. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*, 63 N.C. L. Rev. 375, p. 383, 1985; HARDING, S. Beneath the surface of the abortion debate: are women fully human, p. 203, 1984; MACKINNON, 1989, P. 187.

¹⁷⁸ *Harris v. McRae*, 448 U.S., 297.

¹⁷⁹ ROSS, A. *Hacking Away at the Counterculture*. Princeton University, 1990.

¹⁸⁰ WEST, 2009, p. 1411.

consequência ruim que advenha da maternidade é um problema só seu, como é problema do dono do barco pagar pela gasolina¹⁸¹.

Em vista disso, em um mundo em que os custos da maternidade são altíssimos, não é possível dizer que a mulher tenha uma escolha verdadeira – até quando o aborto está disponível e a retórica da liberdade e privacidade de escolha também mascara isso¹⁸². A privacidade perpetua o mito de que a (não) escolha pelo aborto é livre, quando, na realidade, é moldada por inúmeras situações sociais. A privacidade isola a questão do aborto e exime o Governo de se envolver nas condições materiais e sociais nas quais escolhas reprodutivas são tomadas¹⁸³.

Uma outra crítica é o fato de o direito à privacidade não desafiar os preconceitos sociais envolvidos na criminalização do aborto. Assim como no caso em que a homossexualidade foi descriminalizada, a lógica é a de que “não gostamos, mas tudo bem se você não fizer em público”¹⁸⁴. É claro que esse é, justamente, o apelo da abordagem da privacidade, qual seja, o fato de ela ser não combativa e se propor supostamente neutra. Interessantemente, a descriminalização do aborto em termos de privacidade era encampada por ativistas em polos completamente opostos no espectro ideológico: de um lado, feministas que lutavam pelo direito ao aborto; de outro, conservadores a favor de controle social – principalmente o controle do nascimento de crianças negras; ainda, libertários, que prezavam pelo reforço do direito de “ser deixado em paz”, o que implicaria não só a ausência Estatal, mas também a impossibilidade de se demandar qualquer tipo de auxílio ao Estado - posição esta que não só nega auxílio financeiro para o procedimento de aborto, como também qualquer pedido de qualquer outro auxílio¹⁸⁵. O fato de a privacidade não confrontar preconceitos sociais envolvendo o aborto inclusive animou a decisão em *Harris v. MacRae*, onde a corte decidiu que seria constitucional negar financiamento para procedimentos de aborto e prover financiamento para procedimentos relacionados a nascimentos¹⁸⁶.

A retórica da privacidade influencia também a forma como mulheres falam sobre aborto. Na verdade, na forma como mulheres deixam de falar sobre aborto por sentirem vergonha, na medida em que a privacidade não confere uma base moral que valide a decisão pelo aborto. Isso tem efeitos não apenas íntimos, mas também políticos, na medida em que a pauta deixa de

¹⁸¹ Ibidem, p. 1411; COPELON, 1990, p. 38.

¹⁸² WEST, 2009, p. 1412.

¹⁸³ COPELON, 1990, p. 38.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 36.

¹⁸⁵ COPELON, 1990, p. 33.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 38.

ser articulada¹⁸⁷. Como se vê, MacKinnon não foi a única a criticar a abordagem da privacidade. Sua crítica parte de uma visão que universaliza a experiência do ambiente privado; entretanto, entendemos que pode ser útil se entendida de forma mais sutil e menos contundente. Não é preciso aderir à visão de que o ambiente privado é necessariamente ruim para todas as mulheres para admitir que algumas mulheres encontram nesse ambiente formas de subordinação. Ademais, a crítica da privacidade enquanto enquadramento para lidar com direitos reprodutivos é compartilhada com outras feministas que também enxergam perigos no enquadramento da privacidade, também pelo não questionamento e até pela legitimação de desigualdades. Isso não significa dizer que a privacidade não tenha valor algum.

Conforme expusemos acima, tanto a intimidade quanto a privacidade são experienciadas de formas diferentes e têm valores diferentes, que variam de acordo com o contexto. O que o argumento de MacKinnon nos ensina, entretanto, é o fato de que a privacidade pode ter problemas relacionados à desigualdades e hierarquias. Ou seja, violações à privacidade não ocorrem por acaso, mas sim e, muitas vezes, por conta de desigualdades e assimetria de poder. Da mesma forma, o argumento de MacKinnon nos faz refletir criticamente sobre a utilização da privacidade como justificativa para o caso específico do aborto, na medida em que esta esconderia os problemas de desigualdade que perpassam o fenômeno do aborto. Uma forma de não jogar o princípio fora, mas, ao mesmo tempo, mitigar seus problemas é, justamente, essa problematização.

4.3. As contribuições do argumento

Nesta seção, problematizamos a crítica de MacKinnon tecida a *Roe v. Wade* a partir de críticas tecidas por autoras feministas. Chegamos à conclusão de que, apesar de MacKinnon fazer assertivas amplas e que não se sustentam dentro do contexto do texto, seu argumento central de que o aborto é um fenômeno que ocorre, pelo menos em algumas situações, por conta de desigualdades existentes na sociedade, se sustenta com base nos dados que traz. Entendemos também que não é necessário aderir a sua crítica à sexualidade como epicentro da subordinação para aceitar o argumento de que, em alguma medida, a sexualidade é permeada por desigualdades, o que influencia a gravidez indesejada que muitas vezes leva à necessidade de se fazer um aborto. Em linhas gerais, para escapar de vulnerabilidades como aquelas que

¹⁸⁷ ROSS, 1990.

emergem a partir de contrapontos antiessencialistas e relacionados à agência parcial, o argumento de MacKinnon deve ser entendido de maneira bastante restrita e a suas críticas, devemos conferir uma nuance maior e uma ambição menor.

É possível que MacKinnon leia nossas conclusões e se sinta ultrajada. É possível que discorde de tudo e diga que sua intenção no texto era, justamente, a de mostrar como o seu argumento sobre aborto está intrinsecamente relacionado ao seu pensamento maior, que a gravidez indesejada é sempre fruto de desigualdade e que a abordagem liberal é nociva para todas as mulheres sempre e em todos os contextos. Entretanto, nossa interpretação independe da opinião de MacKinnon sobre seu próprio texto. Entendemos que uma versão mais restrita – blindada de críticas antiessencialistas e de agência parcial - não só é possível, como também mantém as maiores contribuições trazidas pela autora para o debate sobre o aborto.

Primeiro, faz emergir a ideia de que *algumas* desigualdades permeiam o aborto, o que torna a abordagem liberal problemática, por obscurecer assimetrias de poder existentes. Ainda, problematiza a divisão ideológica entre público e privado, que pode ser nociva, principalmente no caso específico do aborto – *mesmo que ela não seja necessariamente nociva em todos os casos*. Talvez a maior contribuição, entretanto, seja a contextualização do aborto como parte da sexualidade, o que tem o potencial de problematizar a pretensão de universalidade da experiência do aborto como algo atinente somente à liberdade individual e à privacidade da abordagem liberal. A crítica de MacKinnon a Roe é melhor lida, a nosso ver, não como a apreciação de inúmeros lados sobre uma controvérsia, mas como a criação de um novo lado que ajude a redefinir a controvérsia em si¹⁸⁸. Isso não significa que não existam contradições e fissuras a serem exploradas. O valor desse tipo de trabalho está em seus aspectos instrumentais, mas também e talvez principalmente em seu potencial dialético e criativo¹⁸⁹. Nossa leitura talvez mine contribuições que o texto possa ter para o trabalho mais amplo da autora, mas, como já foi dito, nosso objetivo é buscar contribuir para o debate sobre o aborto.

CAPÍTULO 5. INTERPRETAÇÃO À MELHOR LUZ DE *REFLECTIONS ON SEX EQUALITY UNDER LAW*

¹⁸⁸ OLSEN, 1989, p. 1177.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 1172.

5.1. O argumento

“More than a body part but less than a person, where it is, is largely what it is. From the standpoint of the pregnant woman, it is both me and not me.”¹⁹⁰

O argumento apresentado acima era uma crítica ao tratamento jurídico de *Roe v. Wade*. Este, por outro lado, se trata de um argumento propositivo, no qual MacKinnon defende que a criminalização do aborto viola a igualdade. Como exposto acima, a visão radical do direito significa olhar para como conceitos, valores e problemas jurídicos são definidos em termos masculinos, sem a consideração da perspectiva da mulher. O último argumento identificou como problema a visão de aborto como questão biológica e individual, que informa o seu tratamento jurídico baseado na privacidade. Essa visão é contraposta à ideia de que o aborto faz parte da reprodução e da sexualidade e que não pode ser visto de forma descontextualizada, sob o risco de se tornar mais um mecanismo de subordinação. Por mecanismo de subordinação entende-se que, olhado como questão de privacidade, o aborto apenas se adequa à sexualidade desigual. Não há um desafio à lógica do acesso irrestrito ao corpo feminino, mas, tão somente, uma potencialização desta.

Esse argumento faz o mesmo exercício, mas olha para como a relação da mulher com o feto é conceptualizada na criminalização do aborto. MacKinnon propõe que a criminalização é fruto de uma visão (masculina) que vê a mulher e o feto como seres distintos com interesses distintos, o que leva à aproximação do aborto com situações como homicídio. Uma visão contextualizada da relação entre mulher e feto, ou “a partir do ponto de vista feminino”, mostra que a relação é única e não se aproxima a qualquer outra, devendo ter tratamento jurídico próprio. Esse tratamento, por sua vez, deve levar em consideração a situação de desigualdade na qual mulheres engravidam, decidem ter ou não filhos e as consequências de ter filhos neste ambiente.

MacKinnon argumenta que a reprodução sempre foi um *locus* particularmente importante de dominação feminina. Historicamente, mulheres sofreram as mais graves consequências em sua experiência reprodutiva, em todas as suas etapas. Por exemplo, a autora afirma que mulheres foram excluídas da vida pública e do mercado de trabalho, foram confinadas, sofreram violência e paternalismo¹⁹¹. De forma a construir um argumento pró-descriminalização do aborto na chave da igualdade, MacKinnon entende que a gravidez deve ser situada no contexto

¹⁹⁰ MACKINNON, 1991, p. 1316, citando RICH, A. *Of Woman Born: Motherhood As Experience and Institution*. New York: Norton, 1976.

¹⁹¹ MACKINNON, 1991, p. 1309.

sócio-jurídico da desigualdade, refletindo-se, em primeiro lugar, sobre o que é a gravidez indesejada na vida de uma mulher, em um ambiente de desigualdade de gênero. Reflexão esta que nunca perpassou o tratamento jurídico da questão do aborto, uma vez que percepções femininas foram sistematicamente excluídas da construção de valores e significados na sociedade.

O argumento propositivo de MacKinnon se divide em três partes. Na primeira parte, MacKinnon argumenta que a criminalização do aborto se propõe neutra, mas, ao contrário, é fruto de uma visão (masculina) sobre gravidez alheia à realidade das mulheres e do interesse (masculino) de se criminalizar o aborto. Na segunda parte, MacKinnon propõe que uma redefinição da relação entre mulher e feto gera a necessidade de um novo tratamento jurídico, tratamento este que deve considerar o significado de uma gravidez na vida das mulheres. A conceptualização que MacKinnon propõe leva à conclusão de que o status jurídico do feto deve ser atribuído sempre levando em consideração a situação da mulher e, em um mundo de desigualdades, a linha deve ser traçada ao nascimento. Por fim, MacKinnon passa à tradução de sua análise radical do direito em um argumento jurídico de que a criminalização viola a igualdade de gênero.

1. A visão masculina do direito e suas consequências para a criminalização do aborto

MacKinnon parte da ideia de que as experiências e interesses das mulheres foram excluídas da produção de normas e significados na sociedade, incluindo a formulação jurídica do aborto. Mais especificamente, parte da ideia de que a visão de gravidez que subjaz a criminalização do aborto advém de um observador externo à gravidez, ou em outras palavras, homens. Segundo a autora, homens não engravidam e, por conta disso, não havendo nenhuma experiência análoga à gravidez em suas vidas, sempre procuraram aproximar a gravidez de outras relações. Dentre elas, relações como aquelas que se estabelecem entre empregado e empregador, homem abduzido e violinista célebre, cupins em um edifício, tumor em um corpo, uma parte do corpo como outra qualquer ou então uma pessoa e seu filho nascido. A visão de relação entre mulher e feto que se encontra na base da criminalização é a de que mulher e feto são seres diferentes, com interesses diferentes, o que aproxima o aborto de um homicídio. Essa visão, entretanto, não corresponde à realidade experienciada por mulheres. Ou seja, não corresponde ao “ponto de vista das mulheres”.

MacKinnon argumenta que, como a relação entre a mulher e o feto não encontra correspondentes, ela precisa ser traduzida juridicamente de forma específica, para aderir à realidade de que um feto é um feto e isso significa algo diferente¹⁹². Reconceptualizar a gravidez a partir da relação única, entretanto, não é só necessária para que a realidade seja corretamente refletida, afinal, a realidade não tem implicações necessárias para o direito. A reconceptualização jurídica da gravidez tem também e, principalmente, uma importância normativa: ela deve ocorrer para que se alcance a igualdade e a emancipação¹⁹³.

2. A conceptualização da gravidez a partir do “ponto de vista das mulheres” e o status jurídico do feto

O primeiro passo da reconceptualização do tratamento jurídico a ser conferido ao aborto deve ser posicioná-lo na experiência de mulheres. Olhando a gravidez de forma contextualizada, MacKinnon argumenta que esta é permeada por desigualdades em todas as suas etapas. Mulheres tem o controle sobre o acesso ao seu corpo sistematicamente negado, seja pela violência, pela socialização ou pela falta de informação. A gravidez, em muitos casos, ocorre pela impossibilidade de acesso a contraceptivos ou pelo seu não uso deliberado. Após a gravidez, mulheres tendem a ser, segundo a autora, as cuidadoras primárias dos filhos (seus e de outras pessoas), muitas vezes sem apoio financeiro e emocional e, em muitos casos, tendo suas aspirações limitadas pela maternidade. No contexto de desigualdade, MacKinnon afirma que mulheres não conseguem ter filhos que querem, são obrigadas a ter filhos que não querem ter ou que não podem cuidar. Em todas as etapas da procriação, mulheres são desvalorizadas socialmente¹⁹⁴.

Para MacKinnon, a reprodução não é um fenômeno neutro, mas sim, “genderizado” e, por conta disso, a relação que se dá entre mulher e feto deve ser reconsiderada. Ou seja, a autora defende que conceptualizações alheias à realidade de mulheres, construídas por analogias a outras situações completamente diferentes devem ser deixadas de lado¹⁹⁵. O que o feto é, juridicamente falando, sempre dependeu do status conferido a eles por homens, mas, para MacKinnon, o feto é um ser único, que não se assemelha nem a um adulto, nem a uma parte do corpo e nem a um violinista abduzido. Fetos são criados por relações sociais muitas vezes

¹⁹² MACKINNON, 1991, p. 1314.

¹⁹³ Ibidem, p. 1313.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 1312.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 1313. Tradução livre para “gendered”.

assimétricas, se desenvolvem durante a gravidez, que tem seu significado e seu valor socialmente construídos (por exemplo, mulheres grávidas podem ser colocadas em um pedestal ou então atrair violência ou então os dois ao mesmo tempo) e depois nascem em um mundo de desigualdade entre os gêneros. Em todas as etapas, o feto não existe na mulher, o feto existe por conta da mulher que, igualmente, tem sua vida determinada por desigualdades.

O status de pessoa não é um fato biológico que existe no mundo e, em seguida, é traduzida em direito. Ao contrário, nasce com o direito. Tendo em vista ser um fato socialmente construído, MacKinnon argumenta que o status do feto deve ser determinado levando em consideração sua relação com a mulher e o contexto no qual esta se dá. Nas palavras de MacKinnon, “mais do que uma parte do corpo e menos do que uma pessoa, onde o feto está é, em grande parte, o que ele é”¹⁹⁶. Isso não quer dizer que a mulher grávida seja apenas um lugar, ela é uma pessoa em um mundo desigual. O feto existe em relação a essa pessoa e, assim, essa pessoa deve poder escolher sobre a manutenção da vida. MacKinnon defende que, ao contrário do que faz crer a conceptualização que permeia a criminalização do aborto, a relação entre a mulher e o feto não é uma de oposição de interesses, mas sim, de conjunção. O aborto não é um homicídio, mas sim, uma ação responsável que leva em consideração não interesses individuais, mas a unidade e seu contexto.

3. Consequências jurídicas

Para além do fato de MacKinnon entender que o status do feto deve ser determinado levando em consideração a situação da mulher, MacKinnon argumenta que leis que criminalizam o aborto são inconstitucionais, uma vez que criminalizam um procedimento que só mulheres precisam, por serem mulheres. Esse não é um argumento biológico, de que mulheres biologicamente engravidam e, portanto, devem poder abortar, para que sejam tratadas da mesma forma que homens. Não é tampouco o argumento de que homens não engravidam então mulheres devem poder abortar. Ao contrário, é um argumento que leva em consideração o fato de que o aborto só é necessário por causa da existência de desigualdade. É um argumento de que mesmo que homens engravidassem eles não precisariam abortar, pois sua reprodução não seria marcada pela desigualdade. Esse também não é um argumento de igualdade de cidadania, ou seja, o de que mulheres devem poder abortar para participar igualmente na sociedade. É um

¹⁹⁶ Ibidem, p. 1316. Tradução livre de “More than a body part but less than a person, where it is, is largely what it is”.

argumento que questiona a própria existência da necessidade de abortar, o que, no limite, questiona as assimetrias de poder que existem na sociedade e seu impacto em todos os âmbitos das vidas das mulheres.

5.2. O argumento no contexto mais amplo da obra

No argumento de MacKinnon sobre aborto, a maior parte das radicalidades de sua obra estão presentes. Em primeiro lugar, MacKinnon faz o esforço de posicionar o aborto no contexto feminino, tentando repensar o seu tratamento jurídico a partir do “ponto de vista das mulheres”. O caráter subordinatório da sexualidade (ou seja, como esta é moldada e seu papel na subordinação) não aparece; entretanto, o argumento é parte de sua Teoria do Estado, na medida em que assume uma estrutura de poder masculina que, dentre outras coisas, molda o direito. Em seu argumento, MacKinnon aplica sua análise radical para investigar como categorias que se propõe neutras, como “aborto”, a relação entre a mulher e o feto que subjazem a norma e o status do feto, na realidade, refletem e perpetuam a dominação masculina. Por fim, MacKinnon constrói seu argumento com base em sua concepção de igualdade substantiva, que é aquela que desafia hierarquias sociais e não a desigualdade de tratamento e a desigualdade na participação na sociedade. O seu argumento, ao fim e ao cabo, expressa sua busca por mudanças estruturais, na medida em que MacKinnon não busca a facilitação da inclusão de mulheres no mundo dos homens, mas sim, escancarar como esse mundo é subordinatório.

5.3. Interpretação à melhor luz

5.3.1. As fontes da construção de conhecimento de baixo para cima

A autora começa sua reflexão, novamente, tentando posicionar o controle reprodutivo na vida de mulheres. Nesse contexto, apresenta os seguintes fatos para defender que a reprodução feminina é moldada, em todas as suas etapas, por desigualdade:

- *Muitas das desvantagens que acometem mulheres advém da sua capacidade de engravidar;*
- *Mulheres são demitidas de seus trabalhos;*
- *Mulheres são excluídas da vida pública;*

- *Mulheres apanham;*

- *Mulheres são tratadas de maneira paternalista;*

Mulheres são confinadas;

Mulheres são pornografadas por engravidarem;

- *“Mulheres são submetidas a desigualdades em todas as etapas da procriação, o que inclui a fertilidade ou infertilidade, a concepção e a contracepção, a gravidez e o fim da gravidez, seja por aborto espontâneo, aborto voluntário, nascimento e criação dos filhos”;*

- *Mulheres foram confinadas a papéis socialmente atribuídos como a maternidade compulsória,*

- *Mulheres tiveram sua capacidade de ganhar dinheiro limitada;*

- *Mulheres não recebem assistência da sociedade;*

- *A licença maternidade foi por muito tempo proibida;*

- *Quando a gravidez fica aparente, mulheres são tratadas como “obscenidades ambulantes”.*

- *A violência doméstica pode aumentar com a gravidez¹⁹⁷;*

- *A pornografia torna a gravidez um fetiche, gerando violência¹⁹⁸;*

- *Mesmo que não tenham filhos, mulheres têm suas oportunidades limitadas por conta de papéis socialmente atribuídos que atrelam sua vida à maternidade;*

- *Mulheres sistematicamente não controlam as condições nas quais engravidam;*

- *Mulheres sofrem abuso sexual;*

- *Mulheres têm dificuldades em controlar acesso a seus corpos por conta de sua socialização;*

¹⁹⁷ MACKINNON cita HELTON, MCFARLANE & ANDERSON. Battered and Pregnant: A Prevalence Study. 77 AM. J. PUB. HEALTH, 1987; GELLES, R. Family Violence, 1987; GELLES, R. The violent home, 1972; HILBERMAN & MUNSON. Sixty Battered Woman, 1977-78; GAYFORD. Wife Battering: A Preliminary Survey of 100 Cases, 1975.

¹⁹⁸ MACKINNON cita DWORKIN, A. *Men Possessing Women*. London: The Women's Press, 1981.

- *Leis contra abuso sexual não oferecem proteção;*
- *Contracepção é inadequada ou insegura ou sádica ou estigmatizada;*
- *A educação sexual é errada ou não disponível e até reforça a pressão para a maternidade compulsória;*
- *Pobreza e a dependência econômica minam a integridade física e a autodeterminação sexual;*
- *Mulheres são cuidadoras primárias, de filhos seus ou de outras pessoas;*
- *A estrutura social faz com que mulheres se dediquem exclusivamente aos filhos, o que reforça o papel socialmente atribuído;*
- *Homens não são igualmente prejudicados;*
- *Homens não são forçados a engravidar mulheres;*
- *Não é socialmente esperado que homens deixem tudo de lado para cuidar de filhos;*
- *Mulheres são impedidas de terem filhos que querem e forçadas a terem filhos que não querem*

A lista segue por um bom tempo, mas, para a discussão que propomos aqui, já basta. O fato de MacKinnon se referir ao mundo dos fatos é inegável. Mas há algo que causa um grande estranhamento: a falta de citações. Conforme exposto na análise precedente, a falta de citações a dados ou a dados confiáveis é às vezes criticada e suas conclusões são colocadas em xeque pela falta de “credibilidade” atribuída à forma como a autora recorre à realidade.

Se nos pautarmos pelo que a academia tradicional geralmente espera, o trabalho de MacKinnon realmente perde muito pela ausência de citações. Entretanto, devemos nos perguntar: dentro do que MacKinnon pretende fazer, quais as consequências da ausência de citações? Isso tem implicações para aderência do seu trabalho à realidade, tal qual preconizada pelo método?

A primeira questão envolve discussões sobre o que é um trabalho acadêmico e o que se espera de um trabalho acadêmico. Os fatos nos parecem tão óbvios que citações pareceriam quase idiossincráticas. Entretanto, citações são importantes para que haja um controle e para aumentar a credibilidade do trabalho. Um autor conservador, por exemplo, poderia fazer um trabalho na direção contrária, fazendo uma lista igualmente longa com fatos sobre como a

reprodução não prejudica mulheres ou sobre como homens sofrem de forma exatamente igual. Em um embate entre MacKinnon e esse autor hipotético, a autora teria o ônus de comprovar a credibilidade de seus dados. Se a autora tivesse citado dados e estatísticas, ela não precisaria defender o seu trabalho nesse tipo de discussão. Isso nos leva à conclusão de que temos a certeza de que MacKinnon foi descuidada e, por esse descuido, pode ter o seu trabalho questionado.

A segunda pergunta é mais complexa. O trabalho de MacKinnon é ou não é aderente à realidade para fins de construção de conhecimento feminista, tendo em vista a falta de citações? Nos parece que ele é. Por mais que o trabalho esteja sujeito a críticas quanto à veracidade e credibilidade dos fatos que cita, ela de fato recorre ao mundo para, a partir daí, extrair suas conclusões sobre quais os problemas de desigualdade que permeiam a questão do aborto.

Essa segunda questão faz surgir uma reflexão que vai para além do escopo deste trabalho, mas que vale a menção. Em um trabalho acadêmico, a existência de citações determina se um trabalho se reporta ou não à realidade? Nesta seção, não seria necessário expor a longa lista dos fatos apresentados por MacKinnon. Mas, escolhemos o fazer, para propor para a leitora a mesma reflexão que surgiu para nós em nossa leitura. Em que medidas citações tornariam os fatos mais ou menos reais? Existe a questão da credibilidade acadêmica, mas e se citações sobre esses fatos não estivessem disponíveis (aliás, não sabemos se MacKinnon dispunha de dados para confirmar as suas assertivas)?

Essa é uma reflexão particularmente importante para trabalhos feministas que, por partirem da realidade de mulheres, não necessariamente contam com dados e estatísticas e, muitas vezes, não contam com a possibilidade de revelar as suas fontes. MacKinnon poderia ter perguntado para uma mulher que fez um aborto o que contou na sua decisão. MacKinnon poderia ter baseado tudo o que disse nas experiências dessa mulher – em um esforço louvável em termos de metodologia feminista - mas, pela impossibilidade de citá-la, as afirmações pareceriam frágeis a partir do que a academia espera. Em vista disso, a necessidade de citações, nesse sentido, não seria, pelo menos em alguma medida, uma barreira à construção de conhecimento feminista?

5.3.2. O caráter “masculino” do direito e o “ponto de vista das mulheres”

Uma segunda crítica tecida ao trabalho de MacKinnon, fruto de perspectivas interseccionais, é a crítica à ideia da existência de um sistema único de opressão. Como

apontado acima, o trabalho de MacKinnon é muitas vezes criticado por ser essencialista, ou seja, por trabalhar com a noção de que uma experiência feminina unitária e essencial pode ser isolada e descrita de forma independente de componentes raciais, classe, sexualidade e outras realidades¹⁹⁹.

Em primeiro lugar, é necessário fazer uma breve retomada do argumento filosófico-político mais amplo de MacKinnon e de como ele se relaciona com suas visões sobre o direito. Para MacKinnon, a desigualdade entre homens e mulheres não é uma questão de diferença. Ao contrário, trata-se de uma questão de hierarquia de poder, que constitui um verdadeiro sistema de dominação, onde homens dominam e mulheres são dominadas. Esse sistema é quase perfeito²⁰⁰, que opera através de princípios e *standards* abstratos, que, apesar de parecerem neutros ao gênero, são moldados pelo poder e o legitimam e racionalizam²⁰¹. Isso ocorre em todas as esferas sociais, dentre elas, o direito. Para MacKinnon, apesar de o direito parecer neutro, ele é, na verdade, moldado por experiências masculinas. Ou seja, a forma como homens experienciam o mundo perpassa a constituição de categorias e conceitos do direito.

No texto de 1984, MacKinnon argumenta que a ideia de que aborto é uma questão de liberdade individual e privacidade vem da experiência masculina de sexualidade. Homens vivem a sexualidade de forma livre e, por conta disso, enxergam a gravidez indesejada como um acidente. Esse acidente advém de um descuido, ou seja, um problema individual e, portanto, o direito de abortar é um problema atinente à privacidade. MacKinnon argumenta que essa visão é incompatível com a realidade de mulheres e com a realidade da sexualidade. A sexualidade, no pensamento da autora é um ambiente constituído e que constitui a desigualdade. Nesse contexto, a gravidez indesejada não é apenas um fenômeno biológico, mas, sim, fruto de uma relação humana e assimétrica. Como consequência, a gravidez indesejada e o aborto não são problemas atinentes à privacidade, mas sim à igualdade.

No texto de 1991, no qual MacKinnon desenvolve o seu argumento propositivo na chave da igualdade, o conceito jurídico de aborto que compõe a proibição é visto como sendo fruto da visão masculina do direito. Homens não engravidam e não são subordinados e, portanto, não sabem o que uma gravidez em um ambiente de dominação significa na vida de uma mulher. A visão masculina é a de que a relação entre a mulher e o feto é uma relação entre dois seres separados e que, no caso de gravidezes indesejadas, causa interesses conflitantes. A autora

¹⁹⁹ HARRIS, 1990, p. 585.

²⁰⁰ HALLEY, 2006, p. 42; MACKINNON, 1987, p. 49.

²⁰¹ BARTLETT, 1987, p. 1560

posiciona a gravidez no contexto de desigualdade e afirma que, olhada dessa forma, a relação entre a mulher e o feto não é uma relação de oposição de interesses, mas sim de conjunção de interesses, na medida em que a relação é moldada pela condição de desigualdade. Em resumo, no trabalho de MacKinnon, mulheres são dominadas e homens dominam, através de um sistema de dominação que opera, inclusive, através do direito, que se propõe neutro, mas não é.

O argumento de que a descriminalização do aborto viola a igualdade proposto por MacKinnon se baseia em três assertivas principais:

1. O direito, suas categorias e conceitos se propõem neutros, mas, na realidade, são moldados pelas experiências e desejos daqueles que detém o poder – no caso específico do pensamento da autora, homens brancos. O conceito de aborto é um exemplo, na medida em que a concepção de gravidez que permeia a norma proibitiva foi construída a partir do ponto de vista dos homens, como uma relação descontextualizada entre dois seres autônomos.
2. A gravidez deve ser reconceptualizada a partir do ponto de vista das mulheres, a partir de sua experiência de que a relação entre a mulher e o feto é influenciada por desigualdades que perpassam toda a reprodução.
3. Se formos reconstruir a gravidez a partir do ponto de vista de mulheres, vê-se que a criminalização do aborto viola a igualdade entre os gêneros, por perpetuar a subordinação das mulheres.

Conforme exposto acima, a ideia de sistemas de opressão interligados coloca em xeque a ideia de um poder monolítico (masculino) a moldar o direito; entretanto, ela não necessariamente mina o argumento de MacKinnon de que a visão de gravidez que permeia o aborto é alheia à forma como mulheres experienciam a gravidez na realidade. Não é necessário aderir à ideia de que o direito é apenas masculino para ver como o “ponto de vista” da mulher sobre como se dá uma gravidez indesejada, sobre como escolhas são tomadas no âmbito reprodutivo e sobre sua relação com o feto são incompatíveis com a ideia de que aborto é um atentado contra a vida, similar a um homicídio doloso.

O ponto que MacKinnon faz ao falar que o conceito de aborto é masculino não é – ou, à melhor luz, não deve ser lido como – o de dizer que homens entendem o aborto de uma maneira particular e é isso que prevalece na norma. O seu ponto mais interessante é o de que experiências foram excluídas da formulação da norma, o que, se assim entendido, abre portas para uma visão mais complexa sobre as forças de poder que a moldam. No limite, não importa necessariamente se a abstração é fruto de uma visão masculina – importa o fato de ser uma

abstração, que se propõe neutra, mas que é, na realidade, excludente e subordinatória. Ou, pelo menos, essa é uma visão que poderia ser coerentemente adotada em uma reconstrução do argumento.

Isso nos leva ao segundo ponto. Após criticar a formulação abstrata da norma, MacKinnon propõe então que a concepção de gravidez deve ser reformulada a partir do ponto de vista das mulheres. A ideia de “ponto de vista das mulheres”, a princípio, acende muitas luzes vermelhas. Isso, porque feministas antiessencialistas diriam que não existe um ponto de vista único e universal feminino.

O argumento de MacKinnon pode ser lido de duas maneiras. Em primeiro lugar, ele pode ser lido como impondo uma visão subjetiva única a todas as mulheres sobre a gravidez, essencializando o significado da gravidez e da relação da mulher com o feto. Existem inúmeras autoras femininas – geralmente unificadas sob o guarda-chuva do feminismo cultural – que de fato trabalham com concepções subjetivas sobre o significado da gravidez para todas as mulheres²⁰². Essa leitura não é a melhor leitura do argumento, não só por ser muito problemática, mas também e, principalmente, por ser incompatível com o pensamento de MacKinnon como um todo. MacKinnon é estruturalista. Ela tem interesse em olhar para como um sistema opera na opressão feminina²⁰³.

A segunda leitura possível é a de que o “ponto de vista das mulheres” significa, tão somente, olhar para mulheres em contexto. A preocupação de MacKinnon, a partir dessa leitura, não é a de olhar para o sentimento sobre a gravidez, mas de como a desigualdade molda a reprodução e as escolhas nela envolvidas, ou seja, olhar para a realidade de status²⁰⁴. Essa leitura é compatível com a proposta teórica de MacKinnon e é a melhor interpretação do argumento.

Feministas antiessencialistas diriam que, mesmo que esta seja a leitura, não existe um ponto de vista único. Mas, isso importa para o argumento? A nosso ver, não - na medida em que MacKinnon não quer dizer que existe um único e último ponto de vista feminino sobre o aborto (aqui entendido como um contexto único no qual o problema do aborto está inserido), mas sim que, a partir da visão concreta que propõe, ela identifica problemas concretos que compõem o que ela chama de ponto de vista feminino. MacKinnon olha para o mundo e

²⁰² WEST, R. Jurisprudence and Gender. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, p. 645, 1988.

²⁰³ OLSEN, 1989, p. 1167.

²⁰⁴ MACKINNON, C. Intersectionality as method: a note signes vol. 36, nº 4, p. 1028, 2013.

argumenta que existem inúmeras situações que se conectam no processo reprodutivo e que impactam na forma como a gravidez indesejada ocorre e suas implicações.

Em outras palavras, MacKinnon aplica seu método, olhando para o concreto e identificando problemas jurídicos a partir dele. Dizer que o aborto é um problema de desigualdade não significa dizer que o aborto é sempre um problema de desigualdade. Mas, ao ser um problema de desigualdade pelo menos em alguma medida, ele merece ser tratado assim juridicamente. É importante ressaltar que MacKinnon não tem a pretensão de dizer que o argumento que propõe é o melhor argumento para tratar da questão. Ela argumenta que, a partir de uma realidade, há um problema e que este problema – de igualdade – pode ser resolvido pelo direito, se este levar a igualdade a sério.

A estrutura e o propósito normativo do seu trabalho de 1991 é diferente do que propõe no texto de 1984. Ali, a autora se propunha a avaliar a qualidade do argumento baseado na privacidade, a partir de experiências femininas sobre o ambiente privado. Ao excluir visões distintas sobre o ambiente privado, o argumento de MacKinnon tinha o potencial de perder força. Aqui, se MacKinnon exclui a experiência de mulheres que não vivenciam a gravidez em um contexto de desigualdade não há problema, na medida em que algumas mulheres sim e isso, por si só, dá bases para a construção do argumento jurídico.

Da mesma forma que observar algumas mulheres e chegar à conclusão de que a criminalização do aborto em nada afeta a sua igualdade (situação hipotética: a relação sexual foi livre e desimpedida, a gravidez resultou de um acidente real – digamos que o preservativo estourou. Se a mulher em questão decidisse ter o filho, teria total apoio do companheiro igualmente responsável pela gravidez, de sua família, do Estado. Ter o filho não implicaria em nenhuma consequência negativa para a sua vida. O marido seria igualmente responsável pelo filho e, inclusive, a mulher poderia contratar uma babá) mas afeta a sua liberdade daria bases para a construção de um argumento pró-descriminalização do aborto com base na liberdade.

5.3.2. As mulheres do “ponto de vista das mulheres”

Conforme exposto acima, o trabalho de MacKinnon foi muito criticado por excluir experiências femininas, o que, no limite, minou muitas de suas conclusões. Minar significa aqui limitar o potencial emancipatório, na medida em que algumas mulheres se beneficiam de certas formulações e outras não.

MacKinnon propõe que a relação entre a mulher e o feto seja reconceptualizada a partir do ponto de vista da mulher, o que, conforme argumentamos acima, deve ser lido como “a partir da situação na qual a mulher grávida se encontra”. Mas, quem são as mulheres cuja posição importa para a construção do argumento de MacKinnon? Essa pergunta é importante para autoras interseccionais, na medida em que pode ampliar ou limitar o potencial emancipatório do argumento.

Nesse trabalho de MacKinnon, especificamente, é impossível saber exatamente de quem é a mulher que ela fala. Entretanto, as experiências às quais ela se refere para mostrar como a questão do aborto é uma questão de igualdade, são, a nosso ver, intrinsecamente interseccionais, o que indica um olhar do concreto para o abstrato que reflete experiências inerentemente heterogêneas²⁰⁵. Ao tratar da questão do aborto, MacKinnon fala de uma série de circunstâncias que, apesar de afetarem mulheres, são fruto de inúmeros fatores sociais. MacKinnon traz à baila questões que acometem mulheres através de todos os marcadores sociais, como a violência sexual e a violência doméstica, mas, traz também questões como a falta de escolaridade, a falta de informação, a dependência econômica, a esterilização forçada, o não acesso a meios contraceptivos, a falta de acesso à saúde pré-natal, a impossibilidade financeira e emocional de se ter um filho e as consequências subordinatórias de se ter uma criança sem apoio financeiro e emocional, sem nenhum tipo de assistência do Estado. Como se vê, as experiências citadas por MacKinnon são experiências que não acometem aquelas mulheres que têm suas experiências moldadas por situações de privilégio e não de privações.

Essa forma de se posicionar o aborto reflete o que militantes feministas negras há muito afirmam: só faz sentido falar de aborto se este estiver inserido na problemática maior da reprodução e como esta é influenciada por estruturas interligadas de opressão. Este argumento é amplamente desenvolvido por Loretta Ross em sua articulação do conceito de Justiça Reprodutiva²⁰⁶, construído por ativistas para escancarar as experiências reprodutivas de mulheres de cor e para teorizá-las. Segundo a autora, o isolamento do aborto de outras questões não permite enxergar o que influencia as escolhas reprodutivas das mulheres, que podem basear

²⁰⁵ CARBADO; HARRIS, 2019, p. 2238.

²⁰⁶ ROSS, 2017, p. 234. A Justiça Reprodutiva enquanto maneira de se analisar e de se propor medidas efetivas que consigam afetar todas as mulheres nasceu em oposição tanto ao conservadorismo quanto ao feminismo liberal, materializada na disputa “Pro-life v. Pro-choice”. A negação do conservadorismo é óbvia, mas a oposição à conceptualização do aborto como questão de “escolha”, que levou à descriminalização do aborto em termos de privacidade, deu-se pela visão de que esta traduziria apenas as experiências de mulheres privilegiadas. Por conta do apagamento de suas experiências, mulheres negras precisavam de um enquadramento teórico novo, que conseguisse abarcar todas as estruturas interligadas de opressão que afetam e constituem a experiência reprodutiva de mulheres interseccionais.

sua decisão nos serviços de saúde, moradia, violência, idade, finanças disponíveis, parceiro, educação, status de imigração ou outras considerações. Combinações de questões sociais e econômicas são importantes²⁰⁷.

Segundo ativistas que adotam a perspectiva da Justiça Reprodutiva, a reprodução se inicia muito antes da gravidez. Ela envolve o controle do acesso ao corpo, a existência de uma autonomia real para decidir engravidar ou não, a possibilidade real de se optar por um aborto seguro – seja materialmente, pela possibilidade de acesso e em termos de poder optar de maneira livre e informada – e também pela opção de ter filhos – sem ter essa escolha restrita por políticas de esterilização forçada²⁰⁸ ou por estereótipos sobre irresponsabilidade - e criar filhos de maneira digna, com apoio estatal²⁰⁹.

Quando se fala sobre aborto no Brasil, a primeira questão interseccional que aparece no debate é o fato de que mulheres privilegiadas facilmente têm acesso ao procedimento de aborto seguro, enquanto mulheres negras, pobres, com baixa escolaridade têm de recorrer a clínicas clandestinas insalubres, onde correm risco constante de morte e de sequelas graves. Mas existem muitas outras situações que importam igualmente para o debate sobre aborto. Mulheres brancas, por exemplo, não são afetadas por políticas eugenistas, que se encontram por trás de práticas como a esterilização forçada. Também não são afetadas, por exemplo, pelo fato de o racismo influenciar sua escolha de ter filhos. Mulheres ricas, por exemplo, não sofrem com a falta de auxílio do Estado, já que podem pagar a educação e a saúde de seus filhos e podem pagar também para que outras mulheres tomem conta de seus filhos enquanto trabalham.

Isso não quer dizer que a criminalização do aborto não afete a vida de mulheres privilegiadas. Ideologias patriarcais têm um papel essencial na imposição histórica de papéis a mulheres privilegiadas relacionados à maternidade como fim natural das mulheres, que geram culpa, medo, julgamentos – externos e internos – e também mantém a prática de violência sexual e doméstica que, ao menos no Brasil, acometem a todas as mulheres, ainda que de maneiras diferentes. Quer dizer, ao contrário, que, em algumas situações, o patriarcado interage

²⁰⁷ ROSS, 2017, p. 237. Tradução livre de: “In abortion debates of privacy, women’s rights, fetuses, and the law, the isolation of abortion from other social justice issues like violence against women fails to incorporate the intersecting issues that actually determine how a pregnant woman makes the decision to have a baby. She may base her decision on available healthcare, housing, violence, age, finances, her partner, education, immigration status, or other considerations. Combinations of social and economic issues matter”.

²⁰⁸ DAVIS, 1990, p. 23.

²⁰⁹ ROSS, 2017, p. 234.

com outros sistemas gerando experiências diferentes²¹⁰. A interseccionalidade não é uma metodologia utilizada para separar mulheres e despolitizar o feminismo, mas, sim, para fortalecê-lo, tornando-o uma lente melhor para refletir sobre o mundo e uma base melhor para formulação de políticas²¹¹.

O fato de MacKinnon posicionar a reprodução como problema sistêmico, a partir de uma visão contextualizada é valioso, ainda que não se reconheça expressamente a natureza interligada da opressão feminina. MacKinnon não se refere a estruturas interligadas de opressão, mas as experiências concretas de onde ela retira suas conclusões são impregnadas por essas estruturas. Assim, a diversidade de experiências de mulheres passa a permear a conclusão que se retira, qual seja, a de que a criminalização do aborto é um problema de desigualdade. Da mesma forma que é possível que uma autora diga que vá fazer um trabalho interseccional expressamente e não o faça²¹², é possível que um trabalho feminista seja interseccional mesmo que não se diga – isso vai depender do método de construção de conhecimento de baixo para cima e de quais experiências são levadas em consideração.

Com algum cinismo, alguém poderia argumentar que a formulação de MacKinnon é excludente, na medida em que não considera mulheres que não têm sua experiência de maternidade impactada pela desigualdade. Para além do fato de que essa mulher talvez não exista na realidade, essa crítica não se aplica. Isso, porque, ao abranger o mais, o argumento de MacKinnon acaba também abrangendo o menos. Lutar pela descriminalização do aborto em perspectiva interseccional não beneficia apenas mulheres não privilegiadas, mas sim, considera todas. Nas palavras da ativista e autora feminista negra radical Mia MacKenzie: “A supremacia branca coloca mulheres no topo da ladeira de privilégios. Então, quaisquer direitos que mulheres de cor ganhem, mulheres brancas ganham cem vezes mais”²¹³. O contrário, entretanto,

²¹⁰ D'ANGELO, GOMES, SANTANA. Maria Mudança e Maria Julieta. Em: Quatro marias. Uma reportagem em quadrinhos sobre as realidades do aborto no Brasil. TCC. Disponível em: <https://quatromarias.com/quem-somos/>.

²¹¹ LORDE. Age, race, Class and Sex: Woman Redefining Difference, in Sister Outsider, p. 115, 1984. Tradução livre de “it is not those differences between us that are separating us. It is rather our refusal to recognize those differences and to examine the distortions that result from our misnaming them and their effects upon human behavior and expectation”.

²¹² HARRIS, 1990, p. 592.

²¹³ MACKENZIE, M. “How can White Women Include Women of Colour in Feminism?” Is a Bad Question. Here's Why. Disponível em: <http://www.blackgirldangerous.com/2015/09/how-can-white-women-include-women-color/>. Tradução livre de “Women of color feminisms being inherently more complex, and therefore more useful to feminist goals, means that when women of color fight patriarchy, in all the ways that we do, white women also benefit. White supremacy puts white women higher up on the ladder of privilege”. MacKenzie explica: “Feminismos de mulheres de cor, sendo inerentemente mais complexos e, assim, mais úteis aos objetivos feministas, significa que, quando mulheres de cor lutam pelo patriarcado, em todas as formas que o

não é verdadeiro. Mulheres oprimidas de maneiras interseccionadas não necessariamente se beneficiam do aborto se este for concedido levando em conta apenas as necessidades de mulheres privilegiadas²¹⁴.

A autora interpreta as situações concretas e sua correlação – e, conseqüentemente, toda a problemática da criminalização do aborto – como um problema de desigualdade, por só afetar mulheres, por serem mulheres em um mundo de desigualdade entre os gêneros. Nessa visão, não há o reconhecimento expresso de que as etapas da reprodução não são moldadas apenas pelo patriarcado, mas sim por estruturas interligadas de opressão. *Mulheres são oprimidas por serem mulheres*. Ou seja, apesar de MacKinnon construir o seu argumento olhando para a situação concreta de mulheres, levando em consideração situações inerentemente interseccionais, o argumento é o de que há uma violação da igualdade de gênero.

A assertiva de que mulheres são oprimidas por serem mulheres pode, a nosso ver, ser interpretada de duas formas – que não dependem tanto do trabalho da autora, mas sim, da ideia de “mulher” à qual a própria intérprete adere. Se considerarmos mulheres como categoria isolada, de fato o argumento de MacKinnon padece de essencialismo. Essa é uma interpretação recorrente, que decorre do trabalho mais amplo da autora sobre o patriarcado²¹⁵. Mas é possível conferir um significado distinto ao termo, adotando uma visão não essencial do termo “mulher”, como sendo constituído por uma estrutura de opressões interligadas.

Em realidade, abstraindo o trabalho mais amplo de MacKinnon e focando em seu texto de 1991 sobre aborto, é possível interpretar que a visão de que quando ela fala em gênero, sua visão de gênero já é multidimensional. Ou seja, quando ela fala que mulheres são oprimidas enquanto mulheres, ela não quer dizer mulheres em sentido essencial. Isso se dá pois, para MacKinnon, a adoção da visão de igualdade – antissubordinatória – que ela propõe nega abstrações e olha para indivíduos de maneira contextualizada²¹⁶. Essa investigação do sentido originário do texto, entretanto, não é necessária para o tipo de interpretação que adotamos aqui.

fazemos, mulheres brancas também se beneficiam. A supremacia branca coloca mulheres no topo da ladeira de privilégios. Então, quaisquer direitos que mulheres de cor ganhem, mulheres brancas ganham cem vezes mais”.

²¹⁴ MACKENZIE, 2015. Nesse mesmo texto, a autora argumenta que a pergunta do título é ruim, porque apaga a participação incessante de mulheres negras na construção do movimento e sugere que o feminismo é o domínio de mulheres brancas e que estas têm o poder de escolher quem participa ou não. A autora coloca que a luta de mulheres negras existe desde sempre e que, por beneficiarem, necessariamente, a todas as mulheres, a pergunta certa seria: “quando as mulheres brancas se tornarão dignas dos benefícios que obtêm do trabalho das feministas de cor?”

²¹⁵ SMITH, B. Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective. *The Equal Rights Review*, Vol. 16, p. 74, 2016.

²¹⁶ MACKINNON, 1991, p. 1291, nota 46.

Independentemente da intenção original do texto, o argumento pode ser reconstruído para atribuir um significado a “mulheres” não fixo e complexo.

5.3.3. A criminalização do aborto como problema de igualdade de *gênero*

A descrição da realidade concreta de mulheres e a sua interpretação desemboca em um argumento jurídico baseado na igualdade de gênero. Mas, se o aborto for de fato visto como um problema de estruturas interligadas de opressão e não apenas de opressão patriarcal (tal qual propomos em nossa interpretação construtiva), não seria possível dizer que o argumento de igualdade, tal qual formulado por MacKinnon, omite diferenças internas ao grupo²¹⁷? Ou seja, assim como MacKinnon criticou a abordagem da privacidade, por esta omitir relações de poder, apresentar a criminalização do aborto como questão de igualdade entre os gêneros não estaria igualmente errado? Para analisar essa questão, é necessário olhar de forma mais detida para a visão de igualdade adotada por MacKinnon. Argumentamos que, mesmo que na visão da autora a criminalização do aborto seja apenas entendida como um problema de gênero – gênero sendo entendido como uma visão abstrata e isolada – a sua visão de igualdade permite uma (eventual) reconstrução interseccional e antiessencialista.

Existem inúmeras formas de se falar juridicamente sobre igualdade, e todas elas estão ligadas a determinações que formam a fonte de um dever²¹⁸. O argumento de MacKinnon se baseia em uma visão de igualdade antissubordinatória. Para elaborar de forma completa essa ideia, devemos apresentar as concepções de igualdade às quais esta se contrapõe, discutindo-as criticamente.

A primeira e talvez mais premente forma de se falar em igualdade é aquela que se baseia na máxima “iguais devem ser tratados de maneira igual e diferentes, de maneira diferente”, que se apoia na visão de igualdade que privilegia a consistência de tratamento. Essa forma de se falar em igualdade é o que se considera a igualdade formal. Isso, porque o tratamento igual não necessariamente leva em consideração diferenças que têm impactos relevantes para a igualdade. Por exemplo, é possível tratar dois cidadãos de maneira igual na taxaço, por seu simples status

²¹⁷ SMITH, 2016, p. 74.

²¹⁸ WESTEN, P. *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*. Princeton: Princeton University Press, p. 60, 1990.

de cidadãos, mas, se não considerarmos as condições financeiras materiais de cada um, estaremos, na verdade, gerando desigualdades.

Essa é a concepção que baseia o liberalismo e, conseqüentemente o feminismo liberal, criticado por praticamente todas as outras correntes feministas. Isso, porque o igual tratamento entre homens e mulheres, que não considera a diferença de poder que de fato existe entre estes, apenas perpetua a desigualdade. Isso é ilustrado na crítica à abordagem que considera o aborto uma questão de liberdades individuais e privacidade. Essa concepção não leva em conta todas as questões sociais que envolvem o aborto e que influenciam a escolha da mulher, mesmo quando o aborto é legalizado. Por exemplo, não se considera a falta de informação ou então a falta de condições materiais de se concretizar o direito ao aborto²¹⁹.

O primeiro problema identificado da igualdade formal é a definição do que configura igualdade e diferença que baseará a consequência normativa. Ao longo da história, inúmeras diferenciações entre grupos foram levadas a cabo, a partir dos mais variados critérios. A mais óbvia de todas sendo a diferença que perdurou desde a antiguidade até os tempos modernos, de que homens brancos livres detentores de propriedade eram titulares de benefícios, por serem considerados racionais, enquanto mulheres, negros e escravos, não. O critério da racionalidade é arbitrário e justificava diferenças que tinham impactos reais na forma de tratamento das pessoas.

O problema da abordagem, entretanto, é a falta de certeza sobre igualar ou diferenciar indivíduos, advindo da arbitrariedade dos critérios. Olhando para o caso do aborto, tanto sua criminalização, quanto a sua descriminalização podem ser alcançadas, a partir da visão da consistência de tratamento.

Olhando a partir da situação material das mulheres, é possível dizer que a proibição do aborto viola sua liberdade. Como homens e mulheres são igualmente detentores de liberdades individuais, devem ser tratados de maneira igual, no que se refere a escolhas reprodutivas. Como homens e mulheres são iguais, devem ser tratados de maneira igual. Por outro lado, olhando a partir da biologia, temos que homens e mulheres apresentam diferenças relevantes. Notadamente, mulheres engravidam e homens não. A partir disso, não é difícil ver como estes podem ser tratados diferentemente no que se refere ao aborto. Como mulheres engravidam, infelizmente devem ser tratadas diferentemente no que se refere aos seus direitos, para que o

²¹⁹ As críticas tecidas a essa concepção são muito maduras e extrapolam os meios feministas. FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2nd edition. Oxford Press, p. 8, 2011.

feto seja protegido. Homens, por sua vez, não engravidam e, portanto, não precisam suportar esse ônus. Nesse caso, a diferença serve para justificar o tratamento jurídico distinto entre ambos. . Por mais que resultados positivos possam ser alcançados, essa formulação de igualdade é perigosa, pois pode também levar a resultados negativos.

O segundo problema identificado por autores é o fato de a visão de igualdade da consistência não oferecer nenhuma baliza para identificar o que é justo. Ou seja, pessoas podem ser tratadas de forma igualmente boa ou igualmente má. Isso se verifica, por exemplo, na situação absurda de os cidadãos serem tratados de forma igual perante a lei, mas a lei prever que todos os cidadãos devam ser submetidos a trabalhos forçados. Verifica-se também em situações mais comuns, como a necessidade de que todos os cidadãos tenham o direito de receber de seus empregadores um salário mínimo, mas o salário mínimo ser incompatível com a dignidade. Outra manifestação do problema se dá, por exemplo, quando, de forma a tratar cidadão de maneira igual, o governo piora a situação de todos²²⁰. No caso do aborto, esse problema se manifesta de maneira cínica, no argumento de que para evitar questões de igualdade no caso do aborto, a lei criminaliza tanto homens, quanto mulheres. Ou então o argumento clássico de se mulheres querem igualdade, é necessário que homens e mulheres estejam sujeitos ao alistamento compulsório. Todos passam a ter desvantagens igualmente²²¹.

O terceiro problema se traduz na necessidade de essa formulação de igualdade demandar, necessariamente, uma comparação entre pessoas. A comparação se dá em termos universais e tem como base a diferença ou a semelhança²²². Ou seja, desconsiderando características que tenham influenciado injustamente a diferença que leva ao tratamento diferente, assume-se que o tratamento igual levará à igualdade. Não é à toa que os *standards* são sempre a classe dominante. Negros precisam ser tratados como brancos, mulheres como homens, minorias religiosas como religiões dominantes, pobres como ricos²²³.

Falando especificamente de gênero, a partir da concepção da consistência de tratamento, mulheres e homens devem ser considerados iguais e assim tratados e, portanto, mulheres devem ter acesso àquilo que homens têm e homens acesso àquilo que mulheres têm (quando é o caso). Mas o *standard* masculino nunca tem a sua origem questionada. Diz-se apenas: somos iguais e devemos ser tratados iguais ou, somos diferentes e temos que ser tratados diferentes, mas nunca

²²⁰ FREDMAN, 2011, p. 10.

²²¹ MACKINNON, 1987, p.35.

²²² FREDMAN, 2011, p. 12.

²²³ MACKINNON, 1987, p. 34.

se questiona o que cria a diferença em primeiro lugar. O que cria a diferença – até as que parecem naturais, como as biológicas - é a assimetria de poder existente na sociedade²²⁴.

Um bom exemplo é o fato de que mulheres que se encontram em trabalhos domésticos de baixa remuneração dificilmente encontram homens similarmente situados a quem se comparar. Isso, porque trabalhos mal remunerados são, geralmente, femininos. A estrutura social que coloca mulheres nesses trabalhos não é questionada. O mesmo ocorre com a liberdade sexual. Mulheres devem ter igual acesso à sexualidade, mas a forma como a sexualidade é construída não é questionada. Não é questionado que a liberdade sexual demanda não só a igualdade na participação, mas a igualdade na mudança das regras do jogo²²⁵.

Outro exemplo bom é o da guarda de crianças. Recentemente o STJ julgou um caso no qual uma criança indígena foi adotada por uma família não indígena, sem a participação da FUNAI – o que seria uma violação da lei. No caso, o STJ julgou o caso a partir do princípio “neutro” do melhor interesse do menor, o que levou à conclusão de que a criança estaria melhor com a família não indígena, que lhe provia afeto, boas condições materiais, estabilidade e educação²²⁶.

Apesar de o princípio parecer neutro, ele é, na verdade, construído a partir daquilo que é valioso para o grupo dominante. A presença da FUNAI no processo serve justamente para mitigar essa tendência e expressar se a família indígena estaria provendo o necessário para o menor, a partir dos *standards* indígenas. Como a FUNAI não participou do processo, entretanto, o pai que pedia a retomada da guarda já entrou na corte perdendo. A família indígena e a família não indígena foram tratadas de forma igual, uma vez que se aplicou um princípio neutro para a resolução do caso. Entretanto, não se discutiu o que estava por trás do que se considerava o “melhor” para o menor²²⁷.

No caso do tratamento igual que gera resultados desiguais por causa do *standard* desigual, fica fácil perceber o problema. Mas ele também ocorre quando mulheres não se assemelham a homens e precisam ser tratadas diferentemente. Um caso interessante é o caso da bolsa família. Na bolsa família, mulheres são “privilegiadas”, porque se assume que são as chefes da família (o que, no Brasil, é verdade). O resultado beneficia mulheres e suas famílias, mas não se questiona o porquê de mulheres serem as chefes de família em família pobres e porque precisam

²²⁴ Ibidem, p. 32-45.

²²⁵ Ibidem, p. 32-45.

²²⁶ RESP nº 1.566.808 – MS. Rel.Min. Marco Aurélio Bellize.

²²⁷ RESP nº 1.566.808, o voto dissidente da Min. Nancy Andrichi levou em consideração, justamente, esta distinção.

do bolsa família em primeiro lugar. Essa crítica não é a mesma da crítica conservadora de que “tratamentos especiais” como este ou como quotas raciais são apenas “paliativos”. No caso específico do aborto, isso se manifesta no problema da ausência de homens similarmente situados a mulheres grávidas. A visão de igualdade como comparação e consequente tratamento consistente não consegue evidenciar e nem lidar com questões relacionadas à gravidez.

No limite, a comparação demanda que mulheres sejam iguais ou diferentes de homens. Isso faz com que as mulheres que mais se parecem com homens em seu status privilegiado – por exemplo, mulher brancas, de classe média alta, que tiveram acesso à educação e conseguem se inserir no mercado de trabalho – sejam tratadas igualmente e que mulheres que mais se diferenciam de homens em seu status sejam tratadas diferentemente. Ou seja, quanto maior a desigualdade de status, menos a igualdade como consistência consegue acessar e lidar com os problemas.

O quarto problema da concepção de igualdade enquanto tratamento consistente é o fato dela não impor nenhum dever de promoção de igualdade com relação àqueles que são diferentes. Como exposto, as diferenças que muitas vezes se pressupõe naturais (“mulheres preferem não entrar no mercado de trabalho, ou trabalharem menos”) são criadas por assimetrias de poder, não questionadas pela abordagem da consistência. Como não há questionamento, não há a visão de que algo deve ser mudado. Um exemplo é o da mulher que tem uma função de remuneração menor. Pelo seu cargo, ela pode ganhar menos, mas a igualdade demandaria que ela fosse paga de acordo com o real valor do seu trabalho²²⁸. Os trabalhos levados a cabo por mulheres são, muitas vezes, desvalorizados por serem “femininos”, quando, na verdade, mereceriam igual valor daqueles trabalhos considerados “masculinos”. A igualdade demanda não só que se permita com que mulheres participem do mundo dos homens, mas também que o próprio valor dos trabalhos seja equalizado.

A igualdade como consistência trabalha com a racionalidade entre meios e fins. A igualdade, nessa concepção, apenas demanda que a igualdade ou a diferença no tratamento seja racional. Se não houver justificativa racional, o tratamento diferenciado não é permitido. Se houver justificativa racional, ele é permitido. Essa forma de pensar pode levar a resultados positivos. No caso de quotas raciais, por exemplo, o alcance da igualdade entre negros e brancos nas universidades é considerado uma justificativa racional que permite o tratamento diferenciado. Porém essa concepção de igualdade não tem um caráter emancipatório real, na

²²⁸ FREDMAN, 2011, p. 13.

medida em que não considera desigualdades que não vem do tratamento diferenciado, mas da diferença de status entre grupos sociais²²⁹.

Por último, autoras interseccionais argumentam que esta visão de igualdade é inerentemente essencialista, na medida em que incorre no que a autora Kimberlé Chrenshaw chamou de modelo *single-axis*²³⁰, ou a exigência de que se escolha uma “caixa” de identidade (raça ou gênero ou deficiência), apagando diferenças²³¹. Esse é visto como um mecanismo de subordinação, na medida em que omite como as categorias (“diferenças”) são construídas em primeiro lugar²³². Nada impede que uma demanda se baseie em múltiplas categorias (uma pessoa pode argumentar que foi discriminada com base em sua raça, seu gênero e sua idade, por exemplo); essa formulação também não seria adequada para tratar da questão levando em consideração as diferenças intragrupo. Isso, porque as desigualdades são apresentadas de uma maneira aditiva, ou cumulativa, e não realmente interligadas, o que também não seria adequado para lidar com como as desigualdades se constroem²³³.

As críticas acima são contundentes e nos levam a questionar o próprio termo “diferença”. Existe mesmo diferença na sociedade, ou a “diferença” que é relevante para a igualdade é, na verdade, uma forma de subordinação? O fato de tratamento diferente ser sempre prejudicial e ocorrer em detrimento daquele grupo que detém menos poder é um indicativo de que temos que nos preocupar com a dominação. Mas, se não consideramos o grupo na equação, a dominação permanece escondida. A igualdade demanda que se olhe para grupos em contexto, de forma que o status de subordinação permanente seja reconhecido e devidamente abordado²³⁴.

Uma alternativa a essa concepção é a igualdade de resultados. Essa concepção se distancia do foco da diferenciação e das motivações para a diferenciação e se vira para os impactos de certa medida àqueles que são objeto desta. O potencial igualitário ou não igualitário de uma prática é, portanto, medido pelos resultados alcançados²³⁵, que são utilizados para avaliar a desigualdade ou a igualdade gerada por uma medida. O olhar para os resultados é uma forma

²²⁹ MOREIRA, A. Pensando como um negro: Ensaio de Hermenêutica Jurídica. 1ª ed. Editora Contracorrente, 2019, p. 249.

²³⁰ CRENSHAW, 1989.

²³¹ IYER, N. Categorical Denials: Equality, Rights and the Shaping of Social Identity. Queen’s Law Journal, vol. 19, p. 193, 1993.

²³² SMITH, 2016, p. 82.

²³³ SMITH, 2016, p. 80.

²³⁴ MOREIRA, 2019, p. 243.

²³⁵ FREDMAN, 2011, p. 15.

de verificar os impactos materiais de uma medida, sendo, portanto, uma formulação que visa garantir a igualdade material.

Essa concepção é indiferente à existência de uma prática evidentemente discriminatória, o que é positivo na medida em que dificilmente uma prática será abertamente discriminatória – ainda que práticas desse tipo ainda existam. Também, é indiferente à existência ou não de um tratamento diferente. Muitas desigualdades são causadas por dinâmicas sociais e não por tratamentos diferentes²³⁶.

A criminalização do aborto, por exemplo, trata homens e mulheres diferentemente, mas é possível argumentar – o que aceito, pelo amor ao argumento (não a esse, obviamente) - que a diferença biológica é uma justificativa racional para a diferença de tratamento e que a proteção da vida é um fim legítimo que também justifica a discriminação. Como argumento, olhando a questão de maneira mais profunda, vemos que a diferença biológica importa menos para a criminalização do que as visões discriminatórias, baseadas em supostos papéis sociais das mulheres e que o interesse em proteger a vida não condiz com outras práticas sociais; entretanto, essas conclusões não são evidentes.

Os resultados, por outro lado, são objetivamente medidos e identificados e deixam muito claro que o impacto da proibição do aborto recai sobre as mulheres. Um impacto que, como defendido acima, não é o de apenas nove meses de gravidez (ainda que, para mim, esse resultado já seria plenamente suficiente).

MacKinnon, entretanto, problematiza a questão quanto à definição dos resultados almejados com a imposição de determinada prática ou medida. Isso, pois ela pode incorrer nos mesmos erros da formulação do tratamento consistente, na medida em que não questiona, necessariamente, as estruturas de poder que moldam o que seria um resultado desejável²³⁷. Ou seja, resultados positivos podem ser assimilacionistas, ou seja, os resultados podem beneficiar mulheres, mas apenas integrando-as em um sistema que não deixa de ser opressivo²³⁸. Um exemplo disso é o resultado da ADPF 54. A decisão foi benéfica para milhares de gestantes que tiveram a possibilidade de terminar uma gravidez em caso de anencefalia. Mas justamente estas mulheres não poderiam ser mães em razão da inviabilidade do feto por razões atribuídas ao acaso. Assim sendo, a autorização de interromper a gravidez não rompeu com a ideia de que

²³⁶ MOREIRA, 2019, p. 248.

²³⁷ FREDMAN, 2011, p. 16.

²³⁸ MACKINNON, 1989, p. 215.

mulheres não podem decidir se querem ser mães – lógica esta que subjaz a gravidez compulsória²³⁹.

Ainda, resultados podem ser diferentes, mas não necessariamente ruins. Homens, por exemplo, podem ser subrepresentados em certas áreas de trabalho, mas o simples fato de números mostrarem isso, não significa que o resultado é problemático²⁴⁰.

Por exemplo, homens são minoria no ensino infantil e em enfermagem. Isso não significa que são discriminados. Nesse caso, uma perspectiva de resultados não consegue nem dizer, por si só, que isso é ou não é um problema. O fato de mulheres negras no Brasil serem a maioria das trabalhadoras domésticas também não indica tratamento diferente. O fato de mulheres pobres de todas as raças serem a maioria das pessoas em situação de prostituição no mundo e dos homens serem quase a totalidade de consumidores também não indica necessariamente um resultado discriminatório ou tratamento diferenciado.

O problema, nesses casos, é o fato de estruturas sociais fazerem com que homens se direcionem menos para áreas de cuidado, que mulheres negras sejam direcionadas para o trabalho doméstico por diversas forças sociais que se sobrepõem e o fato de o mundo permitir a venda de corpos e de que mulheres pobres sejam os corpos. Mas os resultados, por si só, não conseguem identificar que existe um problema. O problema só pode ser identificado se os resultados forem olhados de forma integrada a estruturas sociais.

Ademais, a igualdade de resultados consegue alcançar efeitos visíveis de uma norma, mas não resultados mais sutis. Em casos de quotas sociais para universidade, por exemplo, é possível notar um aumento no número de pessoas menos favorecidas em universidades, mas, dificilmente, olhar para os resultados capta todo o esforço desproporcional que essas pessoas tiveram que empregar para poder acompanhar o ritmo imposto pela universidade²⁴¹.

Essas críticas são relevantes. Uma forma de levá-las em consideração é conferindo parâmetros para julgar o que seria um resultado positivo e quais os problemas de resultados negativos, como faz a concepção delineada abaixo, que foge à crítica pelo seu caráter não agnóstico. Para que a igualdade de resultados seja de fato emancipatória, devemos nos questionar sobre quais resultados devemos buscar. A resposta para essa pergunta só pode ser

²³⁹ PENTEADO, T. The abortion Jurisprudence in Brazil: an analysis of ADPF 54 from feminist equality-based perspectives. *International Journal of Constitutional Law*, 2021. No prelo.

²⁴⁰ COLKER, R. The Anti-Subordination Principle: Applications. *Wisconsin Women's Law Journal*, p. 67, 1987.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 67.

dada pela utilização de um princípio mediador que nos diga o que é desigualdade e o que é igualdade.

A igualdade como antissubordinação nasceu como alternativa à concepção da igualdade como consistência de tratamento e é aquela advogada por Catharine MacKinnon. Ao contrário da igualdade como consistência, que parte de um postulado (“tratar iguais de maneira igual e diferentes de maneira diferente”) e depois o aplica à realidade, a concepção da antissubordinação faz o caminho inverso: parte da realidade social, identifica a substância da desigualdade concreta e, a partir daí, propõe um princípio mediador que possibilite o alcance efetivo da igualdade substantiva²⁴².

A igualdade antissubordinatória é construída a partir da perspectiva do grupo subordinado. No âmbito feminista, essa é apenas uma faceta do método feminista que anima todas as construções teóricas do campo e que quer dizer, basicamente, que teorizações e, por óbvio, construções e soluções jurídicas, devem partir da “reconstituição crítica coletiva dos significados da experiência social feminina, como ela é de fato vivida”²⁴³. A vantagem do método é, antes de mais nada, a sua instância crítica que evita que a ordem social dominante se perpetue e reafirme. Para esta perspectiva, a unidade relevante de análise é o grupo. Essa centralidade do grupo não é facilmente reconhecida em sistemas liberais, na medida em que o poder, nesse sistema, é exercitado através da ideologia do individualismo²⁴⁴.

O problema enfrentado por mulheres que sofreram violência doméstica, por exemplo, não é o fato de serem tratadas diferentemente, mas o fato de sofrerem violência doméstica²⁴⁵. A violência doméstica ocorre não por diferenciação no tratamento, mas por uma subordinação sistêmica, que envolve desde a agressividade dos homens, a construção de relações heterossexuais como hierarquias até a divisão entre público e privado – que no Brasil, por exemplo, tenta ser superada pela entrada incondicionada do Estado na relação. Também envolve o próprio fato dessa relação jurídica que triangula Estado, mulher e homem ter sido criada sem levar em consideração a perspectiva da mulher que sofre a violência²⁴⁶ e do fato de, concretamente, o Estado não conseguir realizar medidas de proteção efetivas.

²⁴² FISS, O. Groups and the equal protection clause. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, nº 2, p. 151, 1976; MACKINNON, 1987, p. 32 em diante.

²⁴³ MACKINNON, 1989, p. 40.

²⁴⁴ BARTLETT, K. Feminism and economic inequality. *Law And Inequality: A Journal of Theory and Praxis*, vol. 35, p. 281, 2017.

²⁴⁵ MACKINNON, 1991.

²⁴⁶ Esse problema foi identificado pela professora Marta Machado.

As mais variadas formas de desigualdade entre os gêneros, como a criminalização do aborto, por exemplo, são moldadas pela assimetria de poder. A assimetria de poder atua de forma tão profunda que constrói o significado das diferenças entre os gêneros e os arranjos jurídicos baseados nessas diferenças²⁴⁷. Ou seja, no limite, a desigualdade não é uma coincidência que acontece nas mulheres, as mulheres é que acontecem na desigualdade.

A concepção da igualdade como consistência parte da ideia de que há igualdade e, em seguida, há uma diferenciação irracional que distorce a igualdade. A partir da visão da antissubordinação, primeiro há desigualdade, na medida em que há assimetria de poder, e em seguida a assimetria de poder constrói uma diferenciação social que, posteriormente, é alocada de acordo com o sexo. Valores e experiências concretas subordinatórias são mutuamente constitutivos, de forma que a subordinação só pode ser devidamente eliminada com o desmantelamento da hierarquia no plano concreto, mas também no plano dos valores e dos significados²⁴⁸.

Assim, uma concepção jurídica só consegue abordar bem as desigualdades se partir da identificação de hierarquias sociais e, a partir da identificação, conseguir desafiá-las. A hierarquia (muitas vezes chamada de sistema de castas, ou subordinação, ou dominação²⁴⁹) é a substância da desigualdade. É o que guia a avaliação dos problemas e que oferece direções para a sua superação. Olhar a hierarquia é olhar para a realidade e deixar de lado abstrações.

A ideia de que a hierarquia é a substância da desigualdade e que, portanto, a igualdade deve buscar acabar com hierarquias não é isenta de críticas. Uma dessas críticas é a de que o entendimento de que há uma única substância para a igualdade torna-a tão abstrata quanto qualquer outra. Isso porque a igualdade é multidimensional. A igualdade é melhor compreendida se olhada de forma concreta, levando em consideração as maneiras como esta deve ser abordada.

Em uma formulação recente, a igualdade só pode ser bem abordada se forem levadas em consideração: (i) a reparação de desvantagens; (ii) a contenção de preconceitos, estigmas, estereótipos, humilhações e violências baseadas em determinada característica; (iii) o aumento

²⁴⁷ CHEN, 2018, p. 48.

²⁴⁸ MACKINNON, 1989, p. 215.

²⁴⁹ DERRICK, B. And we are not saved: the elusive quest for racial justice, 1987; KARST, K. Belonging to America: Equal citizenship and the constitution, 1989; MACKINNON, 1987; MACKINNON 1979; TRIBE, L. American Constitutional Law, 1978; LAWRENCE III. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism, 39 STAN. L. REV. 317, vol. 319, 1987; BALKIN, JM. The Constitution of Status, 106 YALE L.J., 1997; SIEGEL, R. Why Equal Protection No Longer Protects, Stan. L. Rev., 1997.

da voz e da participação daqueles excluídos e (iv) a acomodação da diferença e o alcance de mudanças estruturais²⁵⁰.

A ideia da multidimensionalidade da igualdade é muito útil. De fato, a desigualdade se manifesta de diversas formas. Acontece, entretanto, que essa ideia não se contrapõe à ideia de que a substância da desigualdade é a hierarquia – apesar de se propor como crítica a esta. Ambas as ideias trabalham em níveis diferentes. Enquanto a primeira trabalha com formas de manifestação da desigualdade, a segunda trabalha com a essência da desigualdade.

Prova disso é o fato de que, para abordar a desigualdade em todas as suas dimensões, temos que ter um norte para verificar se essas dimensões acontecem²⁵¹. Pode existir desvantagem não desigual. Em casos de quotas raciais, pessoas brancas sofrem uma desvantagem, mas não se trata de uma desigualdade, no sentido subordinatório. Da mesma forma, preconceitos e estigmas não são necessariamente subordinatórios – só o são quando há uma ligação entre o estereótipo e a subordinação²⁵². Em linhas gerais, mudanças estruturais devem partir, antes de mais nada, do reconhecimento das estruturas e de seus problemas. E isso só pode ser feito devidamente a partir do ponto de vista da antissubordinação.

Nesse enquadramento, se a hierarquia é a substância da desigualdade, a igualdade seria alcançada com a superação da hierarquia. Mas como articular essa passagem juridicamente, diante de problemas concretos? A resposta, dada por juristas adeptos da igualdade como antissubordinação, é a aplicação de um princípio mediador: o princípio da antissubordinação²⁵³.

O princípio da antissubordinação se difere de princípios tradicionais, por sua aderência à realidade²⁵⁴. Trata-se de uma perspectiva baseada em grupo, que se fundamenta no olhar sobre como certos grupos foram tratados de forma desigual historicamente e como ainda o são. A desigualdade subordinatória é alcançada através da análise sócio-histórica contextualizada, que mostra que o tratamento excludente de negros e brancos, homens e mulheres, pobres e ricos, heterossexuais e homossexuais não tem o mesmo peso. Primeiro, se olha para a realidade. Olhar

²⁵⁰ FREDMAN, S. Substantive equality revisited: a rejoinder to Catharine Mackinnon. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, nº 3, p. 2016, 727.

²⁵¹ MACKINNON, C. Substantive equality revisited: a reply to Sandra Fredman. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, nº 3, 2016.

²⁵² BARTLETT, 2017, p. 274.

²⁵³ FISS, 1976, p. 150; COLKER, 1987, p. 67.

²⁵⁴ MACKINNON, 2016, p. 740.

para a realidade de forma crítica é o que permite que soluções jurídicas não sejam apenas reprodutoras das assimetrias de poder existentes na sociedade.²⁵⁵

Uma conclusão exemplificativa lógica desse posicionamento é a de que enquanto a igualdade como consistência trata ações afirmativas como “tratamento especial”, ou, uma discriminação “permitida”, a partir da perspectiva da antissubordinação, ações afirmativas não são vistas como discriminação em primeiro lugar²⁵⁶. Isso emerge quando deixamos de lado a insistência na intenção que motiva determinada diferenciação.

Uma motivação pode ser ruim ou pode ser boa, mas, de qualquer forma, ela dá a impressão de que o mundo é igual e que, excepcionalmente, uma diferenciação é feita a partir de uma diferenciação boa ou ruim. Quando olhamos para a sociedade de forma concreta, vemos que o problema é sistêmico e independe de intenções e até de diferenciações conscientes²⁵⁷. Ao olharmos para o sistêmico, podemos não só oferecer boas soluções jurídicas para as desigualdades, mas também alterar as circunstâncias de onde elas emergem. Olhar para quotas raciais pelo viés do tratamento “especial” é restrito em seu potencial; a perspectiva da antissubordinação traz para a discussão uma série de outras questões.

A partir da perspectiva anti-subordinatória, é possível perceber que o tratamento excludente ou prejudicial apenas é um problema a partir do momento em que se torna parte – é fruto ou perpetua – de um esquema maior de subordinação de grupo²⁵⁸. Da mesma forma, resultados excludentes são enxergados como problemáticos quando relacionados à subordinação sistêmica. Ou seja, olhar para hierarquias permite dizer quais os impactos que devem ser olhados em primeiro lugar e quais resultados devem ser alcançados²⁵⁹. Aliás, olhar a desigualdade a partir de hierarquias não só confere substância para a perspectiva dos resultados, como também demonstra que, apesar de necessária, não é suficiente – mesmo em sua forma substantiva. Isso, pois desigualdades podem afetar uma única pessoa, sem deixar de ser fruto de um sistema de subordinação²⁶⁰.

A perspectiva da subordinação faz emergir desigualdades que não aparecem necessariamente, na forma de tratamento inconsistente. É o caso, por exemplo, do trabalho

²⁵⁵ MACKINNON, C. Substantive equality: a perspective. *Minnesota Law Review*, vol. 383, 2011.

²⁵⁶ MACKINNON, 2011; MOREIRA, 2019.

²⁵⁷ MACKINNON, 2011, p. 8.

²⁵⁸ COLKER, 1987, p. 64.

²⁵⁹ MACKINNON, 2011, p. 7.

²⁶⁰ MACKINNON, 2011, p. 13.

doméstico, como já exposto acima. Homens e mulheres podem ser trabalhadores domésticos. A lei não proíbe que homens possam trabalhar nessa área. Muito pelo contrário, a linguagem da lei é neutra, referindo-se a “trabalhador doméstico”. Entretanto, a grande maioria dos “trabalhadores” domésticos são mulheres, negras, pobres, de baixa escolaridade, muitas vezes migrantes.

A racialização genderizada (ou a genderização racializada) do trabalho doméstico não é uma diferença, mas sim, uma desigualdade. É fruto e reproduz assimetrias de subordinação desse grupo, na medida em que o trabalho doméstico é mal remunerado, pouco valorizado e, em muitas situações, permite abusos que não ocorreriam tão facilmente em ambientes não domésticos. Trabalhadoras domésticas são geralmente excluídas previamente. A elas não são dadas muitas outras oportunidades. Assim, o fato de mulheres pobres e negras serem a maioria nessa área é uma questão de hierarquia, que só é captada em análise sócio histórica concreta.

Se pensarmos em termos de liberdade, seria possível dizer que essas mulheres escolheram trabalhar onde trabalham e que são pagas como qualquer outro trabalhador. Se olharmos em termos de diferença de tratamento, veríamos que o trabalho é “neutro a gênero” pela letra da lei. Entretanto, se olharmos para a situação concreta, tendo em vista a existência de hierarquias sociais, a questão emerge como questão de igualdade.

O mesmo ocorre com o aborto. Se olharmos da perspectiva da liberdade, é possível dizer que o aborto deve ser permitido. Se olharmos do ponto da diferença de tratamento, é possível ver que homens e mulheres são tratados diferentemente, mas a escolha pela legalização ou não pode ser defendida de maneira “racional”. Porém, conforme argumenta MacKinnon, se olharmos para a situação de forma concreta, a partir da lente da subordinação, vemos que a criminalização do aborto emerge, inegavelmente, como questão de igualdade.

Conforme exposto acima, inúmeras autoras e autores são adeptos dessa concepção de igualdade. Entretanto, MacKinnon argumenta que essa visão também pode ser assimilacionista se não dermos um passo adiante. A perspectiva da anti-subordinação tem como substância o desmantelamento da hierarquia, mas, o que é a hierarquia e o que o seu desmantelamento demanda? O que significa fazer com que pessoas subordinadas deixem de ser cidadãos de segunda classe? Para MacKinnon, a hierarquia não se encontra, novamente, na possibilidade de participação em um mundo desigual, ou seja, o desmantelamento dos impedimentos do sucesso de mulheres em um mundo construído em termos masculinos, mas sim a transformação

radical dos termos²⁶¹. Isso aparece em seu argumento sobre aborto no desafio da própria concepção do que é o aborto.

Porque a visão de MacKinnon se diferencia de todas as outras, a partir daqui, vamos chamá-la de “igualdade substantiva”, que é o termo que, ao longo dos anos, passou a ser adotado pela autora²⁶².

Feita esta exposição, voltemos ao argumento de MacKinnon sobre aborto. Em seu texto de 1991, em linha com o seu trabalho mais amplo, MacKinnon avança o seu argumento com base em uma visão de igualdade antissubordinatória, defendendo que a criminalização viola a igualdade de gênero. Ou seja, sua visão do problema concreto se baseia em um argumento jurídico focado em gênero. Dizer que se trata de um problema de gênero é um problema? Não necessariamente.

O que importa no argumento não é a qualificação da igualdade como igualdade de gênero, mas sim a visão de igualdade que ela aplica. Essa visão, ao contrário do que ocorre no modelo aristotélico, onde as categorias são estáticas, é uma abordagem jurídica de textura aberta que permite examinar as estruturas subjacentes de desigualdade e hierarquias de poder. Se a análise de estruturas convergentes é o ponto nevrálgico de análises interseccionais, a abordagem de igualdade proposta por MacKinnon não só é com ela compatível, mas é também a única que oferece um instrumental com potencial emancipatório.²⁶³

Em vista disso, a visão de igualdade proposta por MacKinnon, que permeia o seu argumento, não é limitadora; a estrutura do argumento permite com que gênero seja entendido como uma categoria complexa²⁶⁴. A perspectiva interseccional não nega a existência de problemas semelhantes²⁶⁵. Da mesma forma, essa perspectiva não tem o objetivo de inviabilizar a possibilidade de se falar em termos de grupo. Autoras como Joanne Conaghan entendem que sim, na medida em que foca-se na identidade, criam-se subgrupos e o aspecto que prevalece é a diferença, e não a semelhança²⁶⁶. Essa visão, entretanto, é rechaçada por autoras que argumentam que o reconhecimento de diferenças não mina o conceito de grupo, mas, tão

²⁶¹ MACKINNON, 1987, p. 44.

²⁶² MACKINNON, 2016.

²⁶³ SMITH, 2016, p. 81.

²⁶⁴ TORRES, G. Sex Lex: Creating a Discourse. 46 TULSA L. REV. 45, p. 55, 2010; BUTLER, N. A Critical Race Feminist Perspective on Prostitution & Sex Trafficking in America. 27 YALE J.L & FEMINISM, P. 122, 2015.

²⁶⁵ SMITH, 2016, p. 81.

²⁶⁶ CONAGHAN, 2009, p. 35.

somente, visa reformular a própria noção do grupo. Dizer, por exemplo, que mulheres são diferentes, apenas reformula o significado de “mulheres”, não nega a possibilidade de existência do grupo, se este for entendido de forma fluída e não estável²⁶⁷.

O direito é um instrumento que demanda categorizações. Experiências precisam ser simplificadas para que sejam organizadas de forma inteligível²⁶⁸. Isso não significa, entretanto, que as categorias são imutáveis e que novos significados não possam ser a elas atribuídos²⁶⁹. Esse tipo de esforço é exemplificado, por exemplo, em um trabalho recente, no qual Crenshaw e MacKinnon propõem uma emenda à Constituição que tenha como base um entendimento interseccional de categorias. Para tal, na redação da emenda, as autoras tornam explícito o papel da diversidade na constituição da desigualdade de gênero²⁷⁰.

Ou seja, a visão de igualdade proposta por MacKinnon é compatível com a metodologia da interseccionalidade e comporta eventual reconstrução interseccional. Essa reconstrução, entretanto, demanda com que a própria intérprete ressignifique categorias constitucionais como “sexo” adotando uma perspectiva interseccional.

5.3.4. Agência e Igualdade

A teoria de Estado de MacKinnon é uma teoria do poder e de como o poder molda consciências e, portanto, escolhas²⁷¹. Retomando o que já foi dito acima, MacKinnon trabalha com a ideia de um sistema abrangente, internamente coerente e sempre presente de dominação masculina. Uma das consequências desse sistema é o fato de que consciências femininas são moldadas de acordo com o poder e, assim, a dominação é perpetuada como um fato do mundo²⁷². Para MacKinnon, a ideia da mulher que escolhe livremente é uma invenção ideológica do liberalismo²⁷³. Conforme trabalhado acima, por conta do seu foco no que convencionou chamar de “consentimento parcial”²⁷⁴, MacKinnon foi muito criticada por minimizar a autonomia de mulheres.

²⁶⁷ SMITH, 2016, p. 75;

²⁶⁸ HARRIS, 1990, p. 586; MINOW, 1988, p. 47.

²⁶⁹ FINLEY, 1988, p. 384.

²⁷⁰ MACKINNON; CRENSHAW. Reconstituting the Future: An Equality Amendment. The YALE L.J., vol. 129, 2019.

²⁷¹ BARTLETT, 1987, p. 1559; HALLEY, 2006, p. 41.

²⁷² OLSEN, 1989, p. 1168.

²⁷³ MACKINNON, 1987.

²⁷⁴ MACKINNON. Gender in Constitutions, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 397, p. 404, 2012.

Conforme exposto anteriormente, algumas autoras desafiaram o trabalho de MacKinnon, seja por acreditar na existência de autonomia psicológica, política ou transcendental – negando a base empírica do argumento da autora – seja por apresentar preocupações sobre consequências à caracterização da mulher como vítima. Essas críticas são importantes para a discussão do trabalho de MacKinnon como um todo, mas o que nos interessa aqui é refletir sobre o que a vitimização pode significar no caso específico do argumento da autora sobre aborto, tendo em vista especificidades presentes neste fenômeno específico. De fato, o argumento de MacKinnon é um argumento que tem como plano de fundo a desigualdade que impacta a autonomia reprodutiva de mulheres, o que acenderia uma luz vermelha para a crítica da agência parcial. Isso significa dizer, entretanto, que as críticas de fato fragilizam o argumento? Entendemos que sim e que não.

Primeiro, o não. Entendemos que a existência de formas de agência política e transcendental não afetam o argumento, na medida em que esse se direciona à possibilidade ou não de terminar uma gravidez especificamente e não da possibilidade de transformação da sociedade em termos mais amplos. O trabalho de MacKinnon sobre aborto também não é um trabalho que nega a possibilidade de agência psicológica, na medida em que não trata de como mulheres se sentem internamente de forma individualizada sobre a reprodução como um todo e o aborto em particular, mas sim, de como fatos restringem suas escolhas. Feministas da agência parcial poderiam dizer que, ao fazer isso, MacKinnon vitimiza mulheres.

Soluções propostas por feministas críticas de MacKinnon neste ponto geralmente envolvem o desafio à pretensão totalizante de MacKinnon e a propositura de um olhar para a agência contextualizada. A autora feminista Elizabeth Schneider, por exemplo, propõe que a dicotomia agência/vitimização é simplista e enganosa, na medida em que não corresponde à forma como mulheres de fato experienciam situações de (não) autonomia no dia a dia. Para evitar esse erro, a autora defende a necessidade de se refletir sobre o tema de maneira contextual, olhando para situações concretas, tentando observar a interação entre escolhas moldadas por opressões sem deixar de reconhecer a agência e a resistência de mulheres²⁷⁵. A abordagem proposta pela autora Martha Mahoney é similar. A autora propõe que a abordagem

²⁷⁵ SCHNEIDER. Feminism and the false dichotomy of victimization and agency. 38 N.Y.L. Sch. L. Rev, p. 397, 1993.

da dominação seja complementada por uma ênfase maior a como mulheres exercem agência, mesmo em ambientes desfavoráveis²⁷⁶.

Essas autoras enxergam a solução na atribuição de nuances à teoria de MacKinnon. Entretanto, entendemos que esta solução não contradiz o trabalho de MacKinnon no caso específico do aborto, porque, apesar da linguagem forte e do foco na desigualdade, o trabalho de MacKinnon em sua *estrutura* comporta a autonomia. Em seu trabalho sobre aborto, a conclusão não é a de que mulheres precisam de proteção, mas sim, que precisam, justamente, de autonomia. Ainda, não se trata sequer de um trabalho que propõe que o aborto é uma forma de proteção – ou seja, mulheres são prejudicadas e, portanto, precisam do aborto para participar de forma igualitária na sociedade, em uma estrutura parecida com argumentos de ação afirmativa (o que MacKinnon, em outros trabalhos, chama de abordagem do tratamento especial²⁷⁷). Trata-se, por outro lado, de um argumento sobre como o problema do aborto existe por conta de desigualdades estruturais e o mesmo ocorre com a criminalização, que é moldada por estruturas de poder que permeiam a norma. Ou seja, trata-se de um argumento que propõe o desmantelamento de hierarquias e não a proteção.

A nosso ver, a visão de agência parcial é compatível com a visão da situação de mulher que aparece no argumento de MacKinnon. A diferença, parece, ao contrário, uma de enfoque. Enquanto MacKinnon foca na desigualdade parcial, essas autoras focam na autonomia parcial. Como bem colocou a professora Luciana Gross em uma discussão no Grupo de Estudos de Direito e Gênero da FGV, parece uma questão de “copo meio cheio e copo meio vazio”.

Consideramos que as críticas empíricas não prejudicam o trabalho de MacKinnon, na medida em que este trabalha, justamente, dentro do enquadramento da agência parcial. Passemos agora para a crítica que propõe que *narrativas* vitimistas podem gerar manipulação, a apropriação por contra movimentos ou resultados paternalistas. Apesar de entendermos que a estrutura do argumento de MacKinnon não é uma que se sustenta na vitimização, já que MacKinnon não propõe a descriminalização do aborto como forma de proteção, a narrativa que permeia o argumento é carregada em sua tentativa de demonstrar como a reprodução é permeada por desigualdades que restringem escolhas (o que pode ser verificado no ponto 5.3.1 acima), o que pode sim levar a uma manipulação.

²⁷⁶ MAHONEY, M. Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation. 90 Mich. L. Rev, p. 41, 1991.

²⁷⁷ MACKINNON, 1989, p. 215.

Entendemos que esta crítica é particularmente importante para o caso do aborto. Isso, porque não é incomum que argumentos de vitimização sejam utilizados para defender a criminalização do aborto ou outras medidas no âmbito da reprodução - como medida de proteção a mulheres ou então que a falta de agência que permeia a tomada de escolhas no âmbito do aborto (mulheres são desamparadas, não têm estrutura familiar, apoio financeiro, etc) levam ao condicionamento do aborto a medidas de proteção, como o aconselhamento ou então, à proibição de abortos tardios.

No que se refere ao primeiro ponto, alguns casos ocorridos no Brasil recentemente elucidam o perigo da narrativa da proteção²⁷⁸. Uma decisão judicial de 2017 de um município do Estado de São Paulo determinou a esterilização de uma mulher em situação de rua contra sua vontade, a fim de promover sua proteção, “de acordo com os (...) preceitos constitucionais que consagram a saúde como dever do Estado e direito de todos”²⁷⁹. Além disso, em 2019, uma revista feminista brasileira publicou um artigo falando sobre métodos seguros para fazer um aborto induzido. A Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos nomeada pelo Presidente Bolsonaro respondeu ao artigo, afirmando que se tratava de uma “apologia irresponsável a um crime, que pode colocar mulheres e meninas em risco”²⁸⁰. Por fim, no início de agosto de 2020, uma menina de 10 anos do estado do Espírito Santo, que havia sido abusada sexualmente por seu tio, recorreu ao judiciário para obter autorização para a realização de um aborto. O juiz concedeu a autorização, mas, quando a menina chegou ao hospital, os gestores negaram o pedido, pois as condições da gravidez não eram compatíveis com os critérios técnicos de peso e semanas de gestação estabelecidos como forma de proteção à gestante para esse tipo de procedimento²⁸¹.

Nos Estados Unidos, a mesma tendência foi identificada pela autora Reva Siegel²⁸². Em uma retomada histórica, Siegel argumenta que a campanha liderada por médicos se baseava na ideia de que mulheres sofreriam com o aborto, na medida em que negaria a sua natureza voltada

²⁷⁸ Os mesmos exemplos foram utilizados pela autora da presente dissertação em um artigo intitulado “The abortion jurisprudence in Brazil: Na analysis of ADPF 54 from feminist equality-based perspectives” (no prelo), p. 14, para a defesa de argumento similar.

²⁷⁹ Processo n. 10011521-57.2017.8.26.0360, Mococa, Juiz Djalma Moreira Gomes Junior, 27/06/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/6/art20180612-11.pdf>

²⁸⁰ DIMOULIS; PENTEADOÉ crime defender um direito fundamental? O aborto, a revista ‘AzMina’ e a ministra Damares. Estadão, blog Fausto Macedo. 27. 09/2019.

²⁸¹ CARRETTO, G. A história da menina estuprada que engravidou e foi chamada de assassina” (08/19/2020). Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/a-historia-da-menina-estuprada-que-engravidou-e-foi-chamada-de-assassina-0820>

²⁸² SIEGEL, R. The Right’s Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Women Protective Antiabortion Argument, Duke Law Journal, 2008.

à maternidade²⁸³. Mais recentemente, no caso *Gonzalez v. Carhart*, julgado em 2007, a corte entendeu que restrições ao aborto eram possíveis, não só como medida de proteção à vida do feto, mas também como proteção à mulher, considerando que muitas mulheres se arrependem de levar a cabo o procedimento²⁸⁴. Da mesma forma, os argumentos de movimentos antiaborto que defendiam o banimento do aborto na Dakota do Sul em 2006, bem como o de grupos que defendiam a reabertura de *Roe*, por conta de novas evidências, foram permeados por argumentos baseados na proteção feminina²⁸⁵.

Discussões sobre o aborto no Brasil e no mundo são acompanhadas pelo discurso da proteção. Entendemos que a manipulação de narrativas ou a apropriação legítima por contra movimentos não é passível de ser controlada. No que se refere à utilização da proteção como argumento jurídico no judiciário, não conseguimos apresentar uma posição final, mas podemos propor uma reflexão/avaliação provisória: entendemos que o argumento jurídico de MacKinnon oferece uma certa blindagem ao paternalismo e à utilização da proteção como argumento com potencial de levar a resultados não emancipatórios. Isso, porque o argumento é baseado na concepção de igualdade antissubordinatória.

Nos últimos anos, MacKinnon começou a chamar o seu argumento de argumento da igualdade substantiva. Entendemos que esta nomenclatura capta melhor o ânimo de igualdade tal qual proposto pela autora, que é o de conferir um conteúdo ao princípio da igualdade: o combate a hierarquias de poder. Conforme exposto acima, esse não é um argumento de igualdade de tratamento, igualdade de resultados e nem de igualdade como participação igualitária na sociedade tal qual ela é, mas sim, um argumento que desafia as estruturas da sociedade. Ou seja, para a autora, a participação igualitária não é apenas a assimilação de mulheres no mundo como ele é, mas sim uma mudança desse mundo, o que demanda não apenas uma reflexão sobre o que o mundo deve ser (quais *standards* devem ser modificados, por exemplo), mas também um olhar crítico sobre como categorias do direito são moldadas e o que elas reproduzem. Vejamos como ocorre no caso específico do aborto.

Em primeiro lugar, MacKinnon propõe uma reconceptualização da norma, que leve em consideração a situação da mulher. Isso leva à conclusão de que a atribuição de status de pessoa do feto deve ser definida pela situação da mulher e, portanto, MacKinnon propõe que o nascimento demarque a personalidade. Não porque o feto passa a ter uma troca oxicarbônica

²⁸³ SIEGEL, 1992.

²⁸⁴ *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (2007), p. 1634.

²⁸⁵ SIEGEL, 2008, p. 103-104.

independente da mulher (critério biológico)²⁸⁶, mas sim porque as desigualdades impactam a gravidez até o final e também o que dela e segue. Isso tem um primeiro impacto importante: regulamentações que propõem que o aborto só pode ser feito até um determinado marco temporal contradizem o que a igualdade antissubordinatória demanda.

Em segundo lugar, conforme apontado acima, porque o argumento de MacKinnon é um argumento que questiona não só como a norma não leva em consideração experiências e interesses femininos, mas também um que se baseia no fato de que o aborto existe, enquanto problema social, por conta de desigualdades estruturais que fazem com que mulheres precisem recorrer ao aborto em primeiro lugar. O desafio de estruturas demanda também que se olhe criticamente para medidas paternalistas, como o aconselhamento ou a imposição de lapso de tempo entre o requerimento e o procedimento, por exemplo²⁸⁷. Quando olhamos a questão do aborto pensando na igualdade como igual participação na sociedade, medidas paternalistas emergem, muitas vezes, sob a justificativa da necessidade de proteção feminina e como formas de concretizar materialmente sua participação na sociedade. Desde medidas execráveis, como a esterilização forçada da mulher de Mococa, até medidas às vezes consideradas positivas, como aconselhamento, são justificadas pela necessidade de garantia de que mulheres participarão da sociedade da melhor maneira possível²⁸⁸.

Se não adotarmos a perspectiva da igualdade substantiva, não temos como traçar uma linha entre intervenções positivas e intervenções negativas. Mas, no enquadramento da igualdade substantiva, a linha é sempre a superação real de hierarquias sociais²⁸⁹. A partir dessa linha, medidas como esterilização forçadas devem ser proibidas. Medidas como o aconselhamento, por outro lado, não devem ser necessariamente proibidas, especialmente tendo em vista que políticas de aconselhamento podem ter formas diferentes, como a de desaconselhar o aborto ou de conferir informações enviesadas ou de apenas informar a mulher para que esta

²⁸⁶Entendimento encampado pelo min. Marco Aurélio, na ADI 3.510 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017.

²⁸⁷ Medidas parecidas são adotadas na Alemanha (ALEMANHA, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203; Reforma ao Código Penal de 1995; Portugal (PORTUGAL, Lei no 16/2007); FRANÇA (Código de Saúde Pública, Lei no 2001-588/2001 e Código Penal); Bélgica (BÉLGICA, Código Penal de 1867 (reforma de 1990)).

²⁸⁸ SIEGEL, 2008, p. 1784.

²⁸⁹ MACKINNON, 2016, p. 740.

tome escolhas²⁹⁰. Entretanto, ao mesmo tempo, devem ser pensadas levando em consideração o seu papel no desmantelamento ou não de estruturas sociais.

Por exemplo, a utilização da igualdade substantiva como princípio norteador demandaria que se refletisse sobre como suposições sobre papéis socialmente atribuídos às mulheres moldam políticas como estas e em que medida medidas paternalistas – mesmo que consideradas positivas, para a participação de mulheres na sociedade – são, na verdade, uma reatualização do controle patriarcal sobre a mulher. Da mesma forma, demandaria uma reflexão sobre políticas alternativas que ajudassem a diminuir a necessidade de se realizar um aborto em primeiro lugar e não a realização do aborto em si²⁹¹. Não temos a pretensão de conferir uma avaliação final sobre o assunto do aconselhamento especificamente, mas, tão somente, a de propor um enquadramento para que se reflita sobre o assunto²⁹².

5.4. As contribuições do argumento

Na presente seção, refletimos criticamente sobre o argumento propositivo de Catharine MacKinnon sobre o aborto à luz de críticas feministas tecidas à sua obra de maneira ampla. Problematicamos o argumento em quatro pontos: primeiro, questionamos a qualidade das fontes utilizadas por MacKinnon para sustentar fatos.

Com a nossa leitura do texto, identificamos uma ausência quase completa de citações, o que, a princípio, poderia ser um problema, na medida em que o ponto nevrálgico do trabalho de MacKinnon é a construção de conhecimento de baixo para cima. Entretanto, a leitura também fez emergir um estranhamento, ligado não à qualidade das fontes, mas a sua necessidade. Em primeiro lugar, algumas afirmações de MacKinnon são tão óbvias quanto a sua veracidade que citações a dados e estatísticas seriam quase idiossincráticas. Ademais, fez emergir também uma meta-questão sobre em que medida a necessidade imposta por normas acadêmicas convencionais não impõe um limite à produção de conhecimento feminista, quando

²⁹⁰ SIEGEL, R. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. *The Yale Law Journal*, n.º. 117, 2008, p. 1753. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=fss_papers. Acesso em: 27/10/2020.

²⁹¹ SIEGEL, 2008, p. 1715.

²⁹² Uma análise de ônus e bônus de medidas “protetivas” pode ser encontrada em https://reproductiverights.org/europes-abortion-laws-comparative-overview#footnoteref1_rubhxle

este tem a intenção de tratar de fatos antes ocultos (e, portanto, ainda pouco estudados) ou então que advém de fontes não científicas, como relatos ouvidos em conversas informais.

Em um segundo momento, problematizamos os conceitos de “visão masculina do direito” e de “ponto de vista das mulheres” a partir de críticas antiessencialistas e interseccionais. A “visão masculina do direito”, na obra de MacKinnon, sintetiza a forma como a estrutura de poder masculino o molda. Entretanto, entendemos que o argumento não depende da aceitação da existência de uma estrutura única de poder para se sustentar, podendo ser reconstruído a partir de uma visão que mantenha a ideia de poder, mas que considere como a questão do aborto é formatada por estruturas interligadas de opressão.

No que se refere ao “ponto de vista das mulheres”, entendemos que MacKinnon não tem a pretensão totalizante de dizer o que o aborto significa na vida de todas as mulheres, mas sim de olhar mulheres em contexto. Ou seja, o ponto de vista das mulheres pode ser lido como um olhar para um contexto determinado. MacKinnon poderia incorrer em essencialismo se quisesse fazer um argumento totalizante, como, por exemplo, o de que a reprodução é sempre desigual em todas as suas etapas; entretanto, seu argumento é mais modesto e visa tão somente afirmar que, como se enxergam desigualdades na reprodução em geral, e no caso do aborto em específico, é possível argumentar que a criminalização viola a igualdade entre os gêneros.

Em terceiro lugar, nos questionamos sobre quem são as mulheres do “ponto de vista das mulheres” no argumento de MacKinnon. Entendemos que, em sua análise da reprodução, MacKinnon de fato construiu seu conhecimento de baixo para cima, e, assim, este emergiu de forma inerentemente interseccional.

Nossa quarta reflexão se deu sobre o fato de MacKinnon ter traduzido sua análise em um argumento baseado na igualdade de gênero, o que poderia apagar o fato de que experiências reprodutivas são moldadas por inúmeras forças convergentes de opressão. Argumentamos que, mesmo que na visão da autora, a criminalização do aborto seja apenas entendida como um problema de gênero – gênero sendo entendido como uma visão abstrata e isolada – a sua visão de igualdade permite uma (eventual) reconstrução interseccional e antiessencialista. Entendemos também que a categoria “gênero” utilizada não precisa necessariamente ser uma categoria estática. Ou seja, em eventual reconstrução do argumento, o que deve mudar não é a utilização de gênero como categoria, mas sim o entendimento de que gênero não é algo isolado, mas sim, constituído por inúmeros fatores.

Por fim, analisamos as implicações das críticas da agência parcial ao argumento de MacKinnon. Entendemos que estas não contradizem a visão de agência de MacKinnon em sua obra sobre aborto, na medida em que MacKinnon trabalha, justamente, nesse enquadramento. Argumentamos também que a visão de igualdade que subjaz o argumento de MacKinnon tem o potencial de frear a imposição de regulações paternalistas como forma de “proteção” de mulheres nessa esfera.

Olhando retrospectivamente para a nossa análise, chegamos a uma conclusão importante: o conteúdo do que MacKinnon diz sobre aborto é importante. Entretanto, o que mais importa é a sua forma de olhar para o direito. Ou seja, o que se retira de mais valioso, a nosso ver, é a sua radicalidade. É a radicalidade do método de construção de conhecimento a partir do “ponto de vista das mulheres” (que, a nossos ver, pode ser entendido como a construção de conhecimento atenta ao contexto). A radicalidade na sua visão de igualdade – substantiva – que propõe uma análise crítica de estruturas e que demanda a sua subversão para a emancipação. Por fim, sua análise radical do direito, pensando sobre suas categorias – como aborto – e princípios – como privacidade – de maneira atenta às estruturas de poder que operam na realidade.

Enquanto argumento feminista, o argumento de MacKinnon não pode ser automaticamente transplantado para o Brasil, na medida em que é aderente ao contexto no qual foi construído. Por outro lado, entendemos que é possível utilizar o enquadramento da autora – análise radical do problema do aborto e de seu tratamento jurídico – para refletir sobre a realidade brasileira e para a jurisprudência sobre o tema do aborto no Brasil, bem como para oferecer uma alternativa argumentativa baseada em seus insights.

PARTE II. EM DIREÇÃO A UMA NOVA PERSPECTIVA: O ABORTO NA CHAVE DA IGUALDADE SUBSTANTIVA

Conforme anunciado acima, os argumentos apresentados por MacKinnon não podem ser automaticamente transplantados para o contexto brasileiro. Entretanto, entendemos que a forma de análise proposta (radical) pode ser útil para pensarmos sobre a jurisprudência que tem se formado nos últimos anos e, de maneira modesta, sobre aquela que se visa construir.

Na presente seção, problematizamos alguns pontos das duas últimas decisões sobre o aborto tomadas no âmbito do STF – ADPF 45 e HC 124.306 -, bem como a abordagem jurídica

proposta na ADPF 442, ação que visa a descriminalização do aborto até a 12ª semana²⁹³. É importante ressaltar que esta seção não visa uma avaliação da qualidade das decisões ou das escolhas e estratégias adotadas pelas litigantes. Visamos, tão somente, utilizar o enquadramento proposto por MacKinnon como lente para reflexão sobre o direito. Ressaltamos que o nosso olhar aqui apresentado parecerá à leitora majoritariamente crítico. Isso não significa dizer que as decisões não tenham qualidades, mas, tão somente, que alguns problemas podem ser encontrados quando lidos à luz da análise radical²⁹⁴. Em seguida apresentamos a tentativa de um argumento radical sobre o aborto aderente ao contexto brasileiro. Nesse ponto, é importante ressaltar que a apresentação é um teste, não a assunção de que o enquadramento é o melhor possível ou então o único.

CAPÍTULO 6. ANÁLISE RADICAL DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE ABORTO DO BRASIL

Um olhar para a jurisprudência sobre o aborto no Brasil inspirada pelas reflexões propostas por MacKinnon demanda, a nosso ver, duas questões distintas: primeiro, devemos nos perguntar qual é a visão sobre a relação estabelecida entre mulher e feto que a subjaz; em segundo lugar, qual é a concepção de igualdade que a permeia.

6.1. A visão da relação existente entre mulher e feto

Em um artigo recente, elaboramos uma análise feminista da ADPF 54, na qual, dentre outros pontos, identificamos que a ação foi julgada com base, justamente, na ideia de contraposição entre mulher e feto que permeia a norma que criminaliza o aborto²⁹⁵. Na ADPF 54, os papéis

²⁹³ Não analisamos aqui a petição inicial proposta na ADI 5581, uma vez que, durante a redação da presente dissertação, o STF julgou a ação improcedente por motivos processuais. Até o momento da finalização da redação da presente dissertação não obtivemos acesso ao acórdão, que não havia sido publicado, contendo os motivos da decisão tomada em plenário virtual no caso da ADI 5581, mas sabe-se que o tribunal julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade e não conheceu da ADPF. No que se refere ao HC 124.306, analisamos tão somente o voto do min. Luis Roberto Barroso, relator do acórdão, que foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. O min. Fachin se limita a acompanhar o min. Barroso e aponta que, naquela semana, o Papa Francisco havia sinalizado a possibilidade de absolvição de mulheres e profissionais da saúde que praticassem o aborto. A min. Rosa Weber propôs uma retomada de decisões sobre aborto em direito comparado e trouxe dados empíricos sobre o aborto. Concluiu afirmando que “que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados”.

²⁹⁴ Para um olhar sobre qualidades da ADPF 54, por exemplo – expostos a partir de outras perspectivas que não à feminista radical que adoto, MACHADO e COOK, 2018; BARROSO, 2014; DINIZ, 2014. Essas análises incluem reflexões sobre as portas argumentativas que a ADPF 54 abriu para futura descriminalização do aborto via judiciário, sobre os impactos positivos da ação na reconstrução do debate público em torno da questão do aborto e sobre os impactos concretos que a decisão teve na vida de mulheres.

²⁹⁵ PENTEADO, 2021.

foram invertidos. O feto assumiu o papel daquele que faz mal à saúde, mata e faz sofrer pela sua inviabilidade, e a mãe, por sua vez, assumiu o papel do ser que é vitimizado pela situação. Os autores da ação tiveram a intenção nobre de reconceptualizar a relação entre mulher e feto como uma situação complexa – o que, inclusive, levou à renomeação do ato praticado em casos de anencefalia para “antecipação terapêutica do parto”. Entretanto, argumentamos ali que um olhar atento para a decisão nos mostra que o que pesou na deliberação dos ministros foi a ausência de vida ou de potencial de vida do feto. Ou seja, o fato seria atípico não porque a relação entre mulher e feto é complexa, mas sim porque o feto não contava com proteção jurídica. Argumentos baseados na ausência de culpabilidade, por sua vez, tinham uma estrutura similar. A situação foi equiparada ao aborto necessário, pelo prejuízo à saúde da mãe, ou então ao aborto por motivo de estupro, na medida em que a perda do feto ocasionaria sofrimentos à mãe.

No mesmo artigo, esboçamos uma análise – não tão completa quanto a da ADPF 54 – sobre o HC 124.306, no qual o ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista, decidiu, *in obter*, ser a prática do aborto até à 12ª semana de gravidez, inconstitucional. Para além dos méritos do HC, verificamos algumas similaridades com a ADPF 54, qual seja, estabeleceu-se a premissa de que, sem o corpo da mulher, o feto seria incapaz de subsistir biologicamente fora do útero da mulher até a 12ª semana de gravidez. Aqui é interessante notar que, novamente, o argumento – que depois se desenvolve com base em direitos da mulher - parte da premissa de que o embrião carece de status jurídico de pessoa, por sua inviabilidade fisiológica.

Em seguida, em um esforço louvável, o ministro afirma que a criminalização do aborto viola a autonomia da mulher, sua integridade física e psíquica, seus direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero, a discriminação social e o impacto desproporcional sobre mulheres pobres. A argumentação principiológica é importante; entretanto, é interessante pensar que, antes dela, veio a ideia que, segundo o ministro, “subjaz o argumento”, de que o feto, até o primeiro trimestre, carece de potencial de vida independente da mulher. O estranhamento torna-se ainda maior quando o ministro passa a analisar a questão a partir do princípio da proporcionalidade. Ora, se não há potencial de vida a ser protegido até a 12ª, nos parece que não há o que ponderar. Inclusive, parece até um pouco cínico ponderar direitos das mulheres com um ente desprovido de potencial de vida.

Essa breve análise nos sugere que a ideia que subjaz ambas as decisões não subverte a visão de que mulheres e fetos são seres independentes que, na maior parte dos casos nos quais a

mulher deseja abortar, são visto como tendo interesses distintos. Em ambos os casos a lógica que permeia a criminalização se mantém: não há crime – quando o feto não tem vida ou potencial de vida.

6.2. Os princípios utilizados

Em ambos os casos, nos parece que a argumentação principiológica está condicionada à premissa de que o feto não tem proteção, por fatores fisiológicos. Analisamos os princípios utilizados na ADPF 54 em detalhe no artigo acima referido e chegamos à conclusão de que os princípios e direitos mais utilizados (dignidade, direito à saúde e autonomia) são princípios de matriz individual – ou seja, olham para como a criminalização do aborto prejudica mulheres em sua dimensão individual, mesmo que haja uma preocupação intensa com a necessidade de o Estado participar ativamente da promoção desses direitos. Refletindo sobre este ponto à luz das críticas da MacKinnon à privacidade, a argumentação utilizada pelo STF tem a grande virtude de reconhecer o aborto como um problema que concerne não só o indivíduo, mas também o Estado. Entretanto, esse posicionamento, a nosso ver, está alinhado com a ideia de que o Estado tem o papel de concretizar direitos para a participação de cidadãs na sociedade, sem o questionamento necessário sobre as estruturas de poder que moldam o problema do aborto em si.

Esboçamos uma primeira reflexão sobre a decisão em *obiter* do ministro Barroso no HC 124306 no mesmo artigo; entretanto, estas merecem ser desenvolvidas aqui. No que se refere à constitucionalidade da criminalização do aborto, o ministro Barroso adota três argumentos principais. Primeiro, como já abordado acima, propõe que o status do feto depende da possibilidade de vida extrauterina, porque este depende, até a 12 semana, do ventre materno para sobreviver. Em segundo lugar, argumenta que a criminalização do aborto viola alguns direitos das mulheres. Por fim, analisa a questão à luz do princípio da proporcionalidade.

O primeiro princípio tido como violado é o da autonomia²⁹⁶. Esse princípio é entendido como núcleo essencial da liberdade individual, protegido pela dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, CF. Trata-se, para o ministro, do direito de fazer escolhas existenciais básicas e de tomar decisões morais sobre o rumo da própria vida, relacionado à privacidade que

²⁹⁶ HC 124306, p. 9.

permite a vivência de valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado não tem direito de intervir.

Um primeiro comentário sobre estas assertivas é a de que há a crença na existência de uma esfera privada, na qual indivíduos são livres para vivenciar “valores, interesses e desejos”. Olhado à luz da crítica de MacKinnon a Roe, o argumento acende muitas luzes vermelhas. Assim como Roe, a autonomia e a privacidade não são problematizadas. O ponto que fazemos aqui não é totalizante, de que a autonomia é uma ilusão e de que a privacidade não é um ambiente de realização importante, mas sim o de que o ministro assume integralmente a visão liberal, sem considerar como a esfera privada não é necessariamente um ambiente de liberdade, pois há, em muitos casos, assimetrias de poder que moldam as escolhas, bem como valores, interesses e desejos. O argumento aqui não é só o de que o ambiente físico privado é o ambiente onde mulheres muitas vezes sofrem grandes violências, mas também o ideológico, de que a ideia de autonomia, sem considerações sobre igualdade, torna-se artificial.

O segundo princípio é o da integridade física e psíquica (art. 5º, caput e III)²⁹⁷. Segundo o ministro, a integridade se relaciona com a saúde e a segurança e diz respeito ao fato de a mulher sofrer transformações, riscos e consequências indesejadas em uma gestação e ainda, ter que conviver com o sofrimento de ter sua vida modificada para sempre com o nascimento de um filho. Apesar de o direito à saúde ser um direito social, a ideia de integridade física também é um direito individual. Não há aqui o questionamento sobre dimensões estruturais e de grupo que influenciam no fato de mulheres precisarem abortar e na própria existência da norma que criminaliza o aborto.

O mesmo comentário pode ser feito quanto à formulação de Barroso sobre direitos sexuais e reprodutivos. Barroso caracteriza esses direitos como sendo “o direito de toda mulher de decidir se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção ou violência, bem como o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva”. O ministro complementa essa ideia dizendo que a sexualidade feminina foi historicamente oprimida e que mulheres não puderam desfrutar de uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece aos homens. MacKinnon responderia à essa concepção de Barroso com um desafio não a como mulheres foram historicamente excluídas da sexualidade nos termos dos homens, mas como a própria sexualidade foi construída. MacKinnon concordaria com a ideia de que mulheres devem poder decidir se e quando desejam ter filhos, sem discriminação, coerção ou violência. Mas Mackinnon

²⁹⁷ HC 124.306, p. 9.

demandaria uma explicação sobre o que é e deve ser considerado “discriminação, coerção ou violência”. A problematização aqui feita não adota a visão de MacKinnon sobre a sexualidade sem sempre subordinatória, mas o de que a visão completamente acrítica da sexualidade (algo que nem mesmo algumas feministas pró-sexo mais fervorosas aceitariam²⁹⁸) tem sim, pelo menos em alguma medida, dimensões subordinatórias.

Ao contrário do que ocorre na ADPF 54, Barroso lança mão de uma discussão sobre a igualdade de gênero. Barroso define a violação desse princípio como “a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas”²⁹⁹ e propõe que se combata as injustiças históricas, econômicas e sociais. Segundo o ministro, a subordinação histórica de mulheres promoveu a desigualdade socioeconômica, bem como visões sobre o papel atribuído a mulheres – como a ideia de maternidade compulsória. Para o ministro, como mulheres engravidam e os homens não, a igualdade só será plena se mulheres puderem decidir sobre a sua manutenção. Utilizando as palavras do min. Ayres Britto, já canonizadas em discussões sobre o aborto, o ministro termina seu argumento: “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta”³⁰⁰.

O uso da palavra “hierarquização” já chamaria a atenção – positivamente – da autora Catharine MacKinnon. Diferentemente da adoção da ideia de igualdade como consistência de tratamento, Barroso reconhece a existência de hierarquias. Entretanto, nos perguntamos: o que é o desmantelamento de hierarquia para Barroso? O ministro não desenvolve muito o seu ponto; entretanto, nos parece que o autor entende o desmantelamento de hierarquias como participação igualitária na sociedade – novamente, sem questionar seus alicerces. Ou seja, Barroso entende, por exemplo, que quando mulheres ocuparem uma melhor posição socioeconômica, se livrarem de estereótipos e puderem abortar, haverá igualdade entre os gêneros. Não temos tanta certeza de que essa visão corresponde à visão de igualdade proposta por MacKinnon. Não pela forma como o ministro formula seu argumento de igualdade – de forma elusiva – mas pela forma como entende os outros princípios.

Ademais, a frase de Ayres Britto é bastante assertiva; entretanto, à luz da visão de igualdade substantiva ela é insuficiente – a nosso ver, de duas maneiras. Primeiro, porque, se homens engravidassem, talvez hoje eles estariam no papel subordinado e, assim como muitas mulheres, não seriam detentores de poder. Segundo, porque, mesmo que engravidando mantivesse um

²⁹⁸ VANCE, 1992.

²⁹⁹ HC 124.306, p. 11.

³⁰⁰ HC 124.306, p. 11.

papel privilegiado na hierarquia, a análise radical iria além para dizer que a necessidade de se fazer um aborto seria provavelmente bem diferente, já que muitos homens controlam o acesso sexual a seus corpos de maneira significativa, abandonam seus filhos quando não têm vontade de cuidar – como ocorre muito no Brasil, por exemplo – não têm a eles impostos papéis sociais e expectativas. Dizemos “muitos homens” e não “homens”, porque é claro que muitos deles lidam com a pobreza, com o encarceramento, com a criminalização sistemática, com a falta de oportunidades e com o racismo, o que nos leva a tomar cuidado com generalizações. De qualquer forma, a experiência reprodutiva – que vai desde o sexo, até o fim da vida – seria significativamente diferente.

Por fim, Barroso argumenta que a criminalização do aborto discrimina socialmente e impacta de maneira desproporcional mulheres pobres. Esse fato é inegável; entretanto, esse argumento de igualdade segue o modelo de consistência de tratamento (no caso, mulheres ricas e pobres) e não o de refletir sobre porque mulheres pobres ocupam o papel que ocupam. Ou seja, não olha para quais as estruturas de poder que as constroem. Ademais, Barroso adere ao modelo identificado por Angela Harris como “*woman +*”. Ou seja, mulheres ricas sofrem com o aborto. Mulheres pobres sofrem mais ainda.

A isso Harris diria: mulheres pobres têm uma experiência completamente distinta, formada por sua posição de mulher pobre. Crenshaw iria além e diria: são as estruturas de poder que moldam a experiência reprodutiva de mulheres pobres que importam para o alcance de uma igualdade efetivamente antissubordinatória. Isso não significa dizer que mulheres ricas não têm privilégios e contribuam para a opressão de mulheres pobres. Significa que o privilégio é estrutural e não fruto de diferença de tratamento. O simples fato de Barroso considerar como mulheres pobres sofrem desproporcionalmente já é valioso. Entretanto, isso não basta para que a decisão seja interseccional. Se Barroso tivesse considerado estruturas de poder, por exemplo, ele talvez devesse considerar que mulheres pobres experienciam a reprodução de tal forma, que muitas vezes não descobrem a gravidez (indesejada) até a 12ª semana. Esse foi o caso, por exemplo, da menina de 10 anos do Espírito Santo.

Após tratar dos princípios, Barroso passa a analisar a criminalização do aborto a partir do princípio da proporcionalidade. Ou seja, é proporcional criminalizar a mulher quando seu feto não tem potencial de vida? Ironias a parte, em seu argumento, Barroso visa analisar a relação entre meios e fins. Em primeiro lugar, visa investigar se a criminalização protege o feto. Em segundo lugar, Barroso visa analisar se não há outro meio que proteja melhor esse bem jurídico,

restringindo menos os direitos das mulheres. Por fim, pensar se a tipificação se justifica a partir da análise de seus custos e benefícios³⁰¹.

Apesar de os resultados da ponderação levada a cabo por Barroso serem positivos, esse método interpretativo é completamente alheio a discussões sobre assimetrias de poder e dominação.³⁰² Trata-se de um argumento baseado na ideia de racionalidade entre meios e fins que, de antemão, não impõe barreira alguma à perpetuação da dominação. Ou seja, por mais que Barroso, nesse momento, seja particularmente eloquente sobre os males da criminalização do aborto para mulheres, o simples fato de ele se basear na ideia de que, ao menos em alguns casos, medidas que perpetuam a dominação de algum grupo são justificáveis, já é bastante problemático³⁰³.

Esse é um problema estrutural do método, que parte da ideia de que, a princípio, duas demandas são igualmente válidas, sem propor uma reflexão séria sobre o que constitui o problema em primeiro lugar. A título de exemplo, imaginemos uma disputa na qual um grupo de racistas afirma que a possibilidade de racismo recreativo é parte de sua liberdade de expressão³⁰⁴. Do outro lado da disputa, há um grupo que defende que o racismo recreativo viola a igualdade. Nesse caso, o ministro Barroso poderia levar a cabo uma ponderação. Mas, o fato de que o racismo recreativo só existe porque vivemos em um mundo de dominação, mantém-se não questionado. Da mesma forma, no caso do aborto, o fato de mulheres só precisarem fazer um aborto por conta da dominação, também se mantém inquestionado.

No que se refere à adequação, Barroso defende que a criminalização do aborto não serve para proteger o bem jurídico da norma, qual seja, o feto, assumindo que o objetivo da norma é esse, sem se considerar outros eventuais motivos mais coerentes com os valores sociais, como controlar mulheres, por exemplo. Nesse momento, o ministro afirma também que não só a criminalização do aborto não protege a vida do feto, como também mina a vida de mulheres. Aqui, novamente Barroso insiste no sintoma, mas não na causa do problema.

Por fim, Barroso afirma que a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é legítima. “O que foge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro”³⁰⁵. Essa frase é bastante

³⁰¹ HC 124.306, p. 12.

³⁰² MOREIRA, 2019, p. 253.

³⁰³ Não existem princípios absolutos, mas, mesmo assim, essa é uma escolha normativa que pode ser questionada – não aqui, mas como agenda para o futuro. Entretanto, é possível dizer mais.

³⁰⁴ MOREIRA, 2019.

³⁰⁵ HC 124.306, p. 14.

problemática, pois, novamente assume que todas as posições em um tema eticamente controvertido são legítimas. É possível que o debate sobre aborto seja um debate sobre a vida. Entretanto, é necessário no mínimo colocar a questão sobre esta ser a única motivação e quais as forças que moldam tal preferência. Ademais, não queremos defender qualquer criminalização necessariamente, mas, o Estado (e o STF³⁰⁶) mantém, atualmente, um posicionamento de que às vezes a luta pela igualdade permite sim sua interferência em disputas eticamente controvertidas. O ponto aqui é: sim, o Estado pode interferir em controvérsias morais, para promover a igualdade. E, no caso do aborto, especificamente, a descriminalização pode se dar na forma da não intervenção e da intervenção. Olhar a questão do aborto à luz da igualdade substantiva impõe que se reflita sobre qual dessas posturas é melhor.

Em seguida, Barroso passa a analisar a necessidade da criminalização do aborto. Neste ponto, tenta refletir sobre meios alternativos para proteger o direito à vida do nascituro, mas ainda com menor restrição aos direitos das mulheres³⁰⁷. Subjacente a esse argumento encontra-se, novamente, a ideia de que o aborto é inerentemente negativo para o feto. Essa visão vai de encontro à visão de que a gravidez se trata de uma relação entre dois seres, e é uma visão alienada ao que de fato se passa na vida de mulheres grávidas em uma sociedade permeada por desigualdades.

Apesar disso, nesse momento, o ministro traz uma reflexão necessária sobre políticas alternativas que poderiam ser adotadas como formas de se evitar a gravidez indesejada, que ataquem fatores socioeconômicos que causam gravidezes indesejadas e que influenciam na escolha de abortar ou não. Esse é um ponto significativo. Entretanto, parece que Barroso, ainda assim, se limita a uma visão de igualdade como participação igualitária (que é a única compreensão possível, fazendo uma leitura sistemática dos argumentos apresentados no voto), que entende que a intervenção do Estado é uma medida de proteção. Isso reabre a discussão sobre quando medidas protetivas deixam de ser emancipatórias para serem perversas. A resposta provisória, que tentamos apresentar acima, é a de utilizar a igualdade substantiva como guia para o que é o dismantelamento da hierarquia e quais as medidas que promovem isso. Ou seja, entendemos que o ponto poderia ser ainda mais forte se Barroso o tivesse construído levando em consideração a ideia de igualdade substantiva.

³⁰⁶ STF, ADO 26.

³⁰⁷ HC 124.306, p. 15.

Por fim, analisa a situação a partir do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, refletindo sobre os “custos e benefícios³⁰⁸” da criminalização. Aqui, o ministro faz, basicamente, um apanhado geral do que foi dito. Barroso argumenta que a tipificação penal do aborto (que, interessantemente, ele mantém ao final do voto) produz um grau elevado de restrição a direitos das mulheres, ou, como ele diz, “confere uma proteção deficiente” a estes gerando custos sociais e para o sistema de saúde (qual a proteção existente, é uma pergunta ainda a ser respondida). Ainda, argumenta que a criminalização do aborto não protege os direitos do feto. Entretanto, argumenta que é preciso reconhecer que o “peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação”. O grau de proteção constitucional do feto, de acordo com o ministro, aumenta conforme a gravidez avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina³⁰⁹.

Aqui existem dois problemas. Um deles se relaciona com o rigor da argumentação. A escolha da utilização da possibilidade de vida extrauterina é uma escolha normativa como outra qualquer que, entretanto, foi naturalizada pelo ministro como um fato óbvio do mundo. No entanto, mesmo que seja um fato do mundo do ser, não é, necessariamente, importante para o mundo do dever ser. A linha traçada por Barroso é arbitrária e, além disso, uma leitura desse argumento à luz da igualdade substantiva ainda a problematizaria por ser alheia à necessidade de mulheres que continuam a enfrentar desigualdades mesmo depois de três meses de gravidez. Ademais, sendo a viabilidade o marco, a defesa do direito ao aborto estará sempre nas mãos da ciência.

Ao final do voto, Barroso entende ser preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Adotando aqui não apenas a lente proposta por MacKinnon, mas também sua ironia, é possível também dizer que o ministro interpretou a Constituição para criminalizar o aborto a partir da 12ª semana.

CAPÍTULO 7. ANÁLISE RADICAL DO TRATAMENTO DO ABORTO NA ADPF 442

³⁰⁸ HC 124.306, p. 12.

³⁰⁹ HC 124.306, p. 16.

A ADPF 442 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em 06 de março de 2017 e visa a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras semanas, por serem incompatíveis com

A dignidade da pessoa humana e cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano e degradante, à saúde e ao planejamento família³¹⁰ A parte reclamante afirma, logo de início, recorre à ideia de direito como integridade, que propõe a coerência tanto vertical, quanto horizontal do direito, e que, a partir desse entendimento, a ação deveria ser entendida como parte da linha de continuidade entre as decisões da Suprema Corte no HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306, ao quais “estabeleceram as premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto”³¹¹.

A petição defende a descriminalização do aborto até a 12ª semana com base em dois métodos interpretativos: em primeiro lugar, “percorre a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, por dimensões essenciais vinculadas a outros direitos constitucionais”. Segundo, pelo teste da proporcionalidade, no qual se argumenta que a criminalização do aborto não se fundamenta em um objetivo constitucional legítimo, não coíbe a prática e não promove os meios mais eficazes de prevenção do aborto³¹².

Antes de adentrar na argumentação, entretanto, o PSOL identifica as premissas pacificadas pelas decisões envolvendo direitos reprodutivos tomadas pelo STF³¹³. No que se refere à ADI 3.510 (em que questionava-se a possibilidade de pesquisa com células tronco), a reclamante afirma que o STF superou a pergunta sobre o início da vida como condição de possibilidade para a constitucionalidade de pesquisa com embriões e fundamentou a interpretação de que não há como se imputar aos embriões o estatuto de pessoa ou mesmo o caráter absoluto do direito à vida³¹⁴. A ADPF 54 teria tido o papel de alinhar-se com a tendência de enfrentamento da questão de aborto por causais e reafirmou o entendimento de que não há direito absoluto. O HC

³¹⁰ ADPF 442, p. 61.

³¹¹ ADPF 442, p. 2.

³¹² ADPF 442, p. 5.

³¹³ ADPF 442, p. 26.

³¹⁴ “assentou não ser suficiente a existência de criatura humana em desenvolvimento para a presunção de direitos fundamentais, como o direito à vida, pois é no nascimento com potência de vida que deve repousar o marco para a personalidade jurídica. Como respaldo, cita trecho do voto do min. Marco Aurélio: *“A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida (...) vir o fruto desta última [gravidez], separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente”*”

124.306, por sua vez, interpretou a questão do aborto como decisão reprodutiva moralmente razoável e considerou que sua criminalização viola inúmeros direitos fundamentais³¹⁵.

O primeiro argumento proposto pelo PSOL é o de que a criminalização do aborto viola a dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres e que impacta nos direitos à vida, liberdade, igualdade, proibição da tortura, saúde e planejamento familiar.

Em primeiro lugar, analisa a dimensão intrínseca da dignidade humana. Nesse momento, o objetivo da autora é o de reiterar o fato de que o feto não detém de status de pessoa constitucional, defendendo que, por conta disso, não há conflito de direitos entre mulher e feto, porque “a condição existencial do feto é ontologicamente dependente da integridade física e mental da mulher que o gesta”. A princípio, a leitura desse trecho parece promissora, na medida em que se atrela o feto à mulher, considerando a relação uma “duplicidade na unidade”. Entretanto, não fica claro qual é o critério, no limite, para a proteção ou não do feto. Isso, porque, de um lado, fala-se em “duplicidade na unidade” e, de outro, pleiteia-se a descriminalização do aborto até o terceiro mês, deixando a unidade de lado, em prol da individualidade (do feto)³¹⁶. Se trata-se realmente de “duplicidade na unidade” levando-se em consideração a proposta de MacKinnon, qual seja, de a relação única existente entre mulher e feto no mundo desigual ser o critério para a demarcação do status de pessoa do feto, não faz sentido traçar uma linha baseada na possibilidade de vida extrauterina.

No que se refere à violação dos princípios, a autora argumenta, em resumo, que (i) a criminalização do aborto compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, pois “não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização do seu projeto de vida” (art. 1º, III, CF; art. 2º, II); (ii) afronta a não discriminação, na medida em que a criminalização tem impacto desproporcional na vida de mulheres que não detém de acesso à informação e poder econômico para realização do aborto e que, conseqüentemente, são as que mais arriscam suas vidas e saúde, bem como, são as mais punidas (art. 3º, IV); (iii) viola a saúde, a integridade física e psíquica de mulheres e a proibição à tortura e tratamento desumano ou degradantes, por causar dor e sofrimentos agudos, “ainda mais graves e previsíveis conforme condições específicas de vulnerabilidade” (art. 5º, III e 6º); (iv) viola o direito à vida e à segurança de mulheres que são relegadas a procedimentos clandestinos inseguros (art. 5, caput); (v) viola o direito ao planejamento familiar, na medida em que a mulher é impedida de tomar uma decisão reprodutiva relevante e crucial (art. 226 §

³¹⁵ ADPF 442, p. 27.

³¹⁶ ADPF 442, p. 34.

7º), bem como seu direito à liberdade e seus direitos sexuais e reprodutivos, considerando que impede decisões responsáveis sobre a sexualidade, sem risco de sofrer coerção ou violência, bem como viver a sexualidade livremente; (vi) por fim, viola o princípio da igualdade de gênero e a não discriminação (art. 5º, caput e 3º, IV), uma vez que impõe a mulheres

condições mais gravosas, inclusive perigosas a sua vida e saúde (...) desproporcionais em comparação com as condições para a tomada das mesma decisões por parte dos homens (...) ³¹⁷

Em seguida, a autora procede à análise da criminalização do aborto, à luz do princípio da proporcionalidade – mesmo que deixe claro ser um argumento alternativo já que a tese principal é a de que o feto não conta com status de pessoa constitucional. O caminho percorrido é, basicamente, o mesmo levado a cabo pelo ministro Barroso. No que se refere à adequação, a autora apresenta inúmeros dados atestando a ineficácia da criminalização do aborto para a proteção do bem jurídico, bem como para demonstrar o quão recorrente é a prática do aborto, colocando-se como obstáculo a práticas educativas sobre planejamento familiar e levando à prática do aborto clandestino ³¹⁸. No que se refere à necessidade, conclui que outras práticas, como políticas adequada em saúde, teriam efeitos muito mais eficazes na proteção intrínseca do humano no embrião ³¹⁹. Por fim, é levado a cabo o teste da proporcionalidade estrita, na qual se faz um “balanço cru” do impacto concreto da lei. Aqui, destacam novamente a ineficácia da criminalização, e ainda argumentam que o estigma da criminalização do aborto alcança não só o aborto ilegal, como também à concretização do direito ao aborto legal ³²⁰.

De fato, como bem apontou a autora no começo, a ADPF 442 é, realmente, um elo na cadeia formada pela ADPF 54 e pelo HC 124.306. Enquanto isso tem impactos positivos para o direito, na medida em que a congruência é importante, a ADPF 442, de certa forma, herda as fragilidades tanto da ADPF 54, quanto do HC 124.306.

Em primeiro lugar, atrela o status jurídico do feto ao seu status fisiológico, deixando de lado, após o terceiro mês de gestação, a situação da mulher. Em segundo lugar, faz uso de direitos de matriz liberal. A concepção de igualdade utilizada é a de consistência de tratamento, na medida em que propõe que mulheres, em geral, têm consequências graves com a gravidez,

³¹⁷ ADPF 442, pp. 8-12.

³¹⁸ ADPF 442, p. 49.

³¹⁹ ADPF 442, p. 53.

³²⁰ ADPF 442, p. 53.

desproporcionais quanto ao que é imposto aos homens e na medida em que propõe que mulheres negras, indígenas, pobres, nordestinas, periféricas são desproporcionalmente impactadas, em comparação a mulheres economicamente privilegiadas.

Há um esforço legítimo de defender que esses direitos não devem ser entendidos em abstrato, mas sim de forma concreta, levando-se em consideração as desigualdades socioeconômicas que impactam na concretização de direitos como a autonomia, por exemplo. Novamente aqui há a visão de igualdade como forma de inclusão no mundo como ele é, e não como questionamento desse mundo.

No limite, a pressuposição que permeia a norma é de que a criminalização é uma injustiça que cria distorções e não algo que é fruto de distorções problemáticas estruturais. Essa abordagem questiona os efeitos da criminalização do aborto, mas as estruturas que criam o problema e a norma continuam intocadas. De acordo com a abordagem da igualdade substantiva, a questão dos direitos liberais não é só o fato desses não refletirem como o problema ocorre na sociedade, mas sim e talvez, principalmente, o fato de eles ocultarem as assimetrias de poder.

O método da ponderação continua a ter os mesmos problemas. Por mais que a autora da ação tenha apresentado fatos intrinsecamente relacionados a hierarquias de poder presentes na sociedade – como, por exemplo, o número assombroso de mortes – os fatos são utilizados para mostrar como a norma não atinge o fim a que se propõe – sem nem mesmo questionar esse fim – não no que se refere à existência ou não de bem jurídico a ser protegido, mas sim, qual é o bem jurídico que se visa proteger.

Um outro ponto a ser problematizado na formulação proposta pela ADPF 442 à luz da igualdade substantiva é o fato de a descriminalização do aborto até o terceiro mês ser colocada como uma medida protetiva da dignidade e da cidadania das mulheres³²¹. Nessa formulação, a criminalização é vista como neutra e a descriminalização até o terceiro mês é necessária, como medida de proteção. É um tratamento especial necessário para aliviar mulheres. À luz da igualdade substantiva, por outro lado, a criminalização é vista como não neutra (ou seja, como sendo fruto, permeada por e reprodutora de hierarquias de poder, como parte de um sistema) e, assim, a descriminalização não é vista como proteção especial, mas sim como forma de, de fato, estabelecer-se uma neutralidade. Essa visão é mais congruente com as críticas tecidas na ação a medidas paternalistas de proteção de mulheres como o aconselhamento.

³²¹ ADPF 442, p. 55.

Por fim, a ADPF 442 novamente tem como pedido a descriminalização do aborto até a 12ª semana. Conforme exposto acima, isso demonstra um atrelamento da proteção do feto contra à mulher ao seu status fisiológico, deixando de lado o fato de a gravidez continuar mesmo após três meses. Assim, a demarcação proposta viola a igualdade substantiva.

O ponto das críticas elaboradas aqui não é o de destruir e, também, não se trata de uma crítica última e final sobre a forma como a ADPF 442 foi formulada, na medida em que temos consciência de que, na formulação de ações desse tipo, inúmeros fatores estão em jogo. O ponto é o de levantar questões para a reflexão.

CAPÍTULO 8. EM DIREÇÃO A UMA NOVA FORMULAÇÃO: UMA *AMICA CURIAE* RADICAL

Conforme exposto acima, a visão da relação entre a mulher e o feto que permeia a jurisprudência sobre aborto no Brasil se assemelha àquela identificada por MacKinnon como fruto de um olhar do observador externo, alheia à realidade vivida por mulheres. O observador externo, no pensamento de MacKinnon, é “masculino”. Entretanto, em nossa interpretação construtiva entendemos que o argumento, tal qual construído, pode ser entendido como uma concepção baseada no poder. Não só o poder masculino, mas um poder constituído por estruturas interligadas de opressão. Da mesma forma, MacKinnon argumenta que a concepção da relação entre mulher e feto pode ser reconstituída a partir do “ponto de vista das mulheres”, o que, em nossa interpretação, compreendemos que não precisa ser lido literalmente como o ponto de vista único e essencial de todas as mulheres, mas sim, o olhar contextualizado da situação de mulheres em suas experiências de concepção. Assim como no caso do argumento de MacKinnon, a situação empírica de mulheres no Brasil nos mostra como a reprodução é mais complexa do que uma noção simples “mulher egoísta contra feto indefeso” ou até mesmo “mulher com bons motivos contra um feto com menos de três meses”.

A reformulação do problema jurídico é necessária, não só para a aderir à realidade encontrada a partir do “ponto de vista das mulheres”, mas também e, principalmente, para que se possa oferecer uma solução normativa que leve à emancipação de mulheres.

No final de 2018 compareci a um congresso sediado pela FGV Direito Rio sobre direito e gênero. As convidadas internacionais eram Catharine MacKinnon e a professora e juíza do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Susanne Baer. Em algum momento do primeiro painel, levantei a mão e perguntei a elas sobre um assunto que há muito me intrigava no contexto da judicialização da luta pela descriminalização do aborto no Brasil. Não me lembro exatamente das palavras, mas perguntei algo como

“Nós, juristas feministas, devemos tentar encaixar nossas demandas no direito tradicional, de forma a torná-las mais “palatáveis” para tribunais, ou devemos ser radicais e pedir o que queremos, como queremos?”

Ambas as respostas chamaram atenção. Primeiro, Mackinnon pareceu não ter entendido a pergunta e disse que achava melhor que Baer respondesse. Talvez a professora não tenha entendido o meu inglês ou talvez eu mesma tenha me expressado mal. Mas, também é possível que ela não tenha entendido a pergunta em si, já que talvez ela nem conceba a ideia de um pedido não radical (chuto que essa segunda opção seja a mais provável).

E, para a minha surpresa, Susanne Baer respondeu algo na linha de:

“Sejam sempre radicais, assim, posso te dar o máximo que puder e ainda parecer conservadora aos olhos do público”.

O conselho pareceu contraintuitivo. A litigância em casos complexos envolvendo minorias encontra-se em uma encruzilhada, na intersecção entre contextos, grupos e interesses, o que faz com que litigantes tenham que tomar decisões pensando não apenas na demanda dos movimentos sociais³²². Um exemplo disso é a própria ADPF 54, na qual a argumentação apresentada pela reclamante era, inicialmente, bastante conservadora e, ao longo do tempo, com a ampliação do debate público e sua qualificação, bem como com a mudança na composição do tribunal, passou a avançar argumentos mais amplos, buscando uma decisão, em *obter*, que conseguisse abrir portas para eventual legalização do aborto³²³. Outro, são as críticas tecidas à forma como a descriminalização do aborto foi proposta pelo PSOL, por movimentos sociais³²⁴.

³²² CESARIO ALVIM GOMES, J. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. REVISTA DIREITO E PRÁXIS, v. 10, p. 414, 2019.

³²³ BARROSO, L. Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate: legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In Cook, Rebecca J; Erdman, Joanna N; DICKENS, Bernanrd M (eds). Abortion law in Transnational Perspective. Cases and Controversies. University of Pennsylvania Press, p. 266, 2014.

³²⁴ Legalização e Descriminalização do aborto: qual a diferença? Ou, com qual estratégia o movimento de mulheres deve lutar por seus direitos. Esquerda Diário, São Paulo, 1º de agosto de 2018. Disponível em:

Em atenção a este conselho contraintuitivo de Susanne Baer e, aproveitando que não me encontro em nenhuma encruzilhada, neste trabalho apresento uma *amica curiae* pró-descriminalização baseada na análise radical da questão do aborto proposta por Catharine MacKinnon. Digo baseada, pois estes trabalhos me ajudaram a refletir sobre o aborto no Brasil e sobre como traduzir a realidade de mulheres em demanda jurídica, sem, entretanto, serem importados automaticamente.

Um argumento feminista sobre aborto no Brasil deve partir da realidade brasileira, já que a maior lição do feminismo para o direito é justamente a construção do direito de baixo para cima, ou seja, primeiro a realidade e depois o direito. Argumento aqui, que também no Brasil a questão do aborto é inerente à questão da igualdade, se olharmos para o processo reprodutivo de forma contextualizada³²⁵.

O meu argumento constrói-se a partir de diversas fontes geralmente consideradas “externas ao direito”, que podem nos dizer *algo* sobre *alguma* realidade. Digo alguma realidade, uma vez que pode não haver uma realidade absoluta, mas as experiências vividas por mulheres não por isso deixam de ser reais e passam a ser apenas narrativas. Essas experiências podem ser epistemologicamente reais, ou politicamente reais, mas o pressuposto deste trabalho é o de que essas experiências são simplesmente reais³²⁶. O presente trabalho não é um trabalho empírico, mas bebe dessa fonte: da construção de conhecimento externa ao direito, levada a cabo por autoras e não autoras feministas, que buscam não só refletir *as* experiências relacionadas ao aborto, mas também refletir *sobre* estas experiências.

Quais são os conhecimentos dos quais parti para fazer minha análise? Os mais diversos. Inspirada por autoras feministas, olho para o que dados sobre o processo reprodutivo no Brasil podem nos dizer. Quem leva a cabo o aborto? Quem não leva a cabo o aborto? Quem morre por conta do aborto? Tudo isso nos diz muito sobre o que está envolvido na questão do aborto e sobre como esta deve ser juridicamente tratada. Pesquisas desse tipo, apesar de úteis,

<https://www.esquerdadiario.com.br/Legalizacao-e-Descriminalizacao-do-aborto-qual-a-diferenca-Ou-com-qual-estrategia-o-movimento-de>

³²⁵ Argumentos semelhantes são desenvolvidos em LUNARDI, Soraya. O Direito é Masculino. Estadão, 17/11/2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/ColetivoFeminista/photos/o-direito-%C3%A9-masculinoartigo-no-estad%C3%A3o-por-soraya-lunardi-professora-de-direito-/1047192741980999/> e PENTEADO, Taís e DIMOULIS, Dimitri. O que podemos aprender com os ataques governamentais ao aborto legal? Não existe conflito de direitos entre a gestante e o feto. Jota, 16/06/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-podemos-aprender-com-os-ataques-governamentais-ao-aborto-legal-16062020>

³²⁶ BENHABIB, 2018; MACKINNON, C. Points against Postmodernism. L. Rev. 687, 2000.

entretanto, não me parecem suficientes³²⁷. Entendo que o conhecimento não se constrói de maneira unitária, embebida de pressupostos e metodologias acadêmicos – por mais importantes que estes trabalhos sejam. Acredito na voz de mulheres contando suas próprias histórias ou histórias de outras mulheres³²⁸. Histórias reais ou não - o que não significa que sejam mentiras³²⁹. A utilização dessas fontes também constitui a radicalidade pressuposta em nossa *Amica Curie* radical, na medida em que traz para o direito (e para a academia em direito) um tipo de conhecimento historicamente marginalizado e excluído por um esforço epistemicida³³⁰.

Como é possível perceber, esta seção está escrita em primeira pessoa. Isso é um fato pensado e enxergo essa escolha como uma escolha também radical (acadêmica e política, se é que existe uma linha clara entre os dois), na medida em que, de certa forma, levanta reflexões sobre a forma como construímos e transmitimos o conhecimento no mundo acadêmico. Aqui, novamente, tenho como inspiração o trabalho de MacKinnon – dessa vez, de maneira ampla. A linguagem utilizada por MacKinnon passa longe da neutralidade. A opinião da autora é abertamente exposta. Quando trata de quem fala – mulheres – não se refere a elas como “elas”, mas como “nós”³³¹. Mas, ao mesmo tempo, sabemos que não é (necessariamente) uma narrativa sobre a sua vida. A linguagem não é facilmente identificada com o que se espera na academia. A autora é ácida, sarcástica, engraçada e contundente³³². Sua escrita encontra-se num limbo entre acadêmico, político, pessoal, poético e jurídico. Prova dessa faceta do trabalho de MacKinnon é o fato de a autora ter tido discursos em comícios publicados em livros acadêmicos (em direito!), bem como textos acadêmicos recitados em comícios. Nesse contexto, o uso de uma linguagem contundente é uma ruptura estratégica com a tradição acadêmica em prol de uma maior sensibilização do público, mas também uma autorreflexão sobre a própria academia.

Enquanto feminista, um dos pontos que enxergo como valiosos no trabalho de MacKinnon é, justamente, o de reestruturar formas de pensar, quebrando barreiras – como a objetividade e a neutralidade, em alguma medida ainda abraçadas pela academia – à produção de

³²⁷ MOREIRA, 2019.

³²⁸ HILL COLLINS, 2000; HARRIS, 1990.

³²⁹ “Nada que está narrado em Becos da memória é verdade, nada que está narrado em Becos da memória é mentira”. EVARISTO, C. Becos da Memória. 3ª ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2018.

³³⁰ CARNEIRO, A.S. A Construção do Outro como Não-ser como fundamento do Ser. São Paulo: FUESP, 2005; DE SOUSA SANTOS. Pelas Mãos de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade. 7ª. Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

³³¹ “When women are segregated in private, separated from each other, one at a time, a right to that privacy isolates us at once from each other and from public recourse”. MACKINNON, 1984, p. 53.

³³² Um bom exemplo encontra-se na frase “This tension is resolved in the liberal state by identifying the threshold of the state with its permissible extent of penetration (a term I use advisedly) into a domain that is considered free by definition: the private sphere”. MACKINNON, 1984, p. 55.

conhecimento emancipatório. Isso se manifesta, por exemplo, no apagamento da linha clara entre academia e política, na medida em que o trabalho acadêmico feminista em direito está intimamente relacionado com o impulso de mudança política³³³.

É importante ressaltar, entretanto, que a radicalidade da peça em nada compromete (ou, pelo menos, não deveria comprometer) o rigor da argumentação jurídica nela apresentada. O rigor da argumentação jurídica não é apenas um aliado da academia feminista em direito: ele é constitutivo a ela. Feministas valorizam questionamentos e mudanças no direito, mas, um pressuposto para esses questionamentos é, justamente, a existência de um direito coerente, com conceitos bem definidos. Decisões devem ser capazes de nos dizer o que o direito é (pelo menos naquele momento), para que possamos avaliá-lo e exercer um controle democrático sobre essas decisões. Em parte, é papel do julgador se ater ao rigor; entretanto, é importante que quem demanda deixe bem claro o que quer e como quer. Se uma decisão positiva fala em princípios de maneira vazia e retórica, sem conferir a eles conteúdo, não temos garantia nenhuma de que uma vitória perdurará no tempo³³⁴.

Por fim, um último comentário: esse trabalho se baseia no feminismo radical, mas trabalha no âmbito do direito. Isso sem dúvidas diminui a radicalidade da proposta, na medida em que trabalhamos dentro de uma estrutura liberal, e mobilizamos categorias coloniais³³⁵. Entretanto, é uma escolha política apresentar um trabalho em direito, tendo em vista o desenvolvimento da discussão no judiciário. A contribuição radical, nesse contexto, é a de não assumir o direito como ele é, refletindo sobre como este é subordinatório, não apenas pela sua aplicação, mas em sua constituição. Ou seja, mobilizamos o direito, ao mesmo tempo em que levamos a cabo uma autorreflexão sobre este – inclusive, reconhecendo os seus limites.

Amica Curiae

I. Como a Igualdade no Direito brasileiro é e deve ser entendida

³³³ SCHNEIDER, E. The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's movement. 61 NYU L. Rev, p. 591, 1986; MACKINNON, 1983, p. 655; MARX, K. Theses on Feuerbach (XI Thesis), in Marx and Engels: basic Writings on Politics and Philosophy, p. 243. (L. Fever ed. 1959).

³³⁴ BARTLETT, K. Feminist Methods. Harvard Law Review, 1990.

³³⁵ BROWN, W; HALLEY, J. Left Legalism/Left Critique. Durham: Duke University Press, 2002.

O princípio da igualdade no Brasil encontra-se previsto em alguns dispositivos constitucionais. O art. 3º, IV dispõe que um dos objetivos fundamentais do Brasil é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³³⁶. O art. 5º, caput da Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza³³⁷. Em alguns de seus incisos, o artigo 5º prevê casos específicos de aplicações do princípio da igualdade. O inciso I, por exemplo, prevê que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações³³⁸. O inciso VIII prevê a igualdade de credo religioso. No artigo 4º, também temos mais uma aplicação: em seu inciso VIII, prevê a igualdade racial.

Princípios são normas de textura aberta e, por mais que sua proteção pela Constituição seja por si só valiosa, é necessário que a eles sejam conferidos conteúdo e significado. Conteúdos e significados podem ser acessados através da análise a partir de uma leitura sistemática de algumas normas positivas do direito brasileiro, bem como da análise da jurisprudência do STF sobre igualdade, que deixam claro que, no Brasil, a igualdade é entendida, também, em sua versão antissubordinatória.

A igualdade substantiva tem como propósito o alcance não só do tratamento consistente entre grupos, mas sim, e, principalmente, o desmantelamento da subordinação de grupos. Isso significa que há, em um primeiro momento, o reconhecimento de que certos grupos não são simplesmente tratados diferentemente, mas, sim, são tratados de maneira pior. Ou seja, sua diferença não está em ser tratado diferentemente, mas sim, em estar embaixo. Ou seja, o oposto de igualdade não é diferença, mas sim hierarquia³³⁹.

O reconhecimento de hierarquias sociais, fruto de assimetrias de poder, não é estranho ao direito brasileiro. Isso se vê, por exemplo, no direito trabalhista. No direito do trabalho há (ou pelo menos havia, até não muito tempo atrás) a noção de que o empregado está subordinado ao empregador. Isso se verifica, por exemplo, no incentivo e na permissão de associações sindicais³⁴⁰. Essas associações têm o intuito de proteger classes de trabalhadores, uma vez que

³³⁶ Art. 3º, IV, CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³³⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

³³⁸ Art. 5º, I “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

³³⁹ MACKINNON, 2020, p. 214.

³⁴⁰ Art. 8º, VI CF “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

estes encontram-se em relações assimétricas de poder. Também, a mesma lógica permeia os instrumentos de convenção³⁴¹, acordos coletivos de trabalho³⁴². Em todos esses casos, o entendimento que permeia a legislação é o de que violações a direitos da trabalhadora ocorrem, não por acaso, , pela vítima ser uma trabalhadora em um mundo de assimetria de poder.

A assimetria de poder também é reconhecida no direito positivo na Lei Maria da Penha. Em seu art. 5º, caput, a lei dispõe que configura violência doméstica contra a mulher qualquer ação ou omissão *baseada em gênero*³⁴³. O fato de a lei ter previsto esse critério demonstra que o problema não é apenas a violência contra mulheres e não contra homens, mas sim, a violência exercida contra mulheres por serem mulheres. Ou seja, violências que ocorrem por conta da assimetria de poder entre os gêneros que subordina mulheres. A lógica da lei Maria da Penha é a de que existem crimes que são cometidos com mulheres não por acaso, mas sim pelo fato de serem mulheres em um ambiente de assimetria de poder e dominação.

Esse tipo de dano que ocorre contra mulheres por serem mulheres é muito comum, apesar de, em muitos casos, a legislação brasileira entender o crime como neutro a gênero. Esse é o caso, por exemplo, do art. 218, do CP, que prevê que:

É crime oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia

Apesar de utilizar o termo “vítima”, neutro a gênero, esse crime não é neutro a gênero. Ele ocorre majoritariamente contra mulheres, por serem mulheres *em um mundo de desigualdade entre os gêneros*. Se uma fotografia de nudez de um homem fosse divulgada, ele sofreria um dano. Mas ele sofreria individualmente e não por ser homem³⁴⁴. Esse é o

³⁴¹ CLT, art. 611.

³⁴² CLT, Art. 510, VII.

³⁴³ Lei Maria da Penha, art. 5º, caput: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...)”

³⁴⁴ Pornografia de Vingança. TCC das alunas Ketlyn Araújo, Julia Latorre e Júlia Barbon da Faculdade Cásper Líbero. Disponível em: <https://pornografiadevinganca.com/sobre/>

entendimento, por exemplo, da terceira turma do STJ, que entende que além de tratar-se de violação aos direitos de privacidade, personalidade e intimidade, a pornografia de vingança é também “violência de gênero”³⁴⁵. Nesse caso, assim como defendo no caso do aborto, o problema de igualdade não está apenas no fato de mulheres sofrerem um dano e homens não – o que seria um tratamento inconsistente. O problema é mulheres sofrerem o dano por serem mulheres.

A existência de subordinação e a ideia de que isso que constitui a desigualdade é encampada pelo STF. Nos últimos anos, o STF julgou inúmeros casos que envolviam questões de igualdade, dentre eles, a ADPF 186³⁴⁶.

A existência de hierarquia existe quando um grupo foi historicamente dominado por conta de suas características. Essa hierarquia é sistêmica, cumulativa e estrutural. Essa é a substância da desigualdade³⁴⁷. Quando um grupo é tratado diferentemente, não há, necessariamente, um problema. Por exemplo, quando um sistema de quotas reserva vagas para pessoas negras, há tratamento diferente. Mas isso não é desigualdade. A desigualdade acontece quando alguém é tratado pior. Para o professor Adilson Moreira, em casos como o das cotas raciais, a cidadania racial deve guiar a interpretação de juristas. Para o autor, a cidadania racial como postulado interpretativo enfatiza a eliminação de relações hierárquicas arbitrárias³⁴⁸.

O fato é que o tratamento diferenciado de alguns grupos pode ser bom – por exemplo, quando mais jovens negros entram em universidades. Entretanto, entender a igualdade no enquadramento da diferença não nos garante a igualdade. O tratamento diferente só funciona se entendermos que o problema da desigualdade é a hierarquia. Por conta disso, para garantir que o problema correto será enfrentado – qual seja, novamente, a hierarquia, - é melhor deixar de lado a retórica da diferença e assumirmos o enquadramento da antissubordinação³⁴⁹.

Apenas a visão da igualdade substantiva permite ver que, algumas situações, que não se tratam de tratamento inconsistente, são também problemas de igualdade. Imaginemos a seguinte situação: em uma mesma empresa, um homem e uma mulher exercem as mesmas tarefas, mas o homem ganha mais. Esse é um caso claro de diferença de tratamento, inclusive, proibido pelo art. 7º, XXX, que prevê a proibição de diferença de salários, de exercício de

³⁴⁵ REsp 1679465 / SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, T3 - TERCEIRA TURMA, 13/03/2018.

³⁴⁶ BRASIL, STF, ADPF 186.

³⁴⁷ MACKINNON, 2020, p. 215; MOREIRA, 2019, p. 268.

³⁴⁸ MOREIRA, 2019, p. 270.

³⁴⁹ MOREIRA, 2019, p. 253.

funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil³⁵⁰. Agora, imaginemos uma segunda situação: mulheres negras sistematicamente ganham menos em nossa sociedade. Não há aqui um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, mas, ainda assim, há uma desigualdade. A desigualdade mora no fato de que mulheres negras são, sistematicamente e estruturalmente, empregadas em empregos pouco valorizados no Brasil – simbolicamente, mas também financeiramente – como o trabalho doméstico, por exemplo, e trabalhos informais em geral³⁵¹. Sem a visão substantiva, essa situação não emerge como desigualdade, mas sim, como algo “natural”.

Outro exemplo bom, também no âmbito do trabalho, é o seguinte: a Constituição, no art. 7º, XXXII, proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual. Essa é uma proibição de tratamento inconsistente³⁵². O inciso V, do mesmo artigo, prevê que o piso salarial da trabalhadora será proporcional à extensão e à complexidade do trabalho³⁵³. Em ambos os casos, existe uma lógica de comparação: no primeiro caso, consistência no tratamento entre categorias; no segundo caso, pagamento proporcional.

Esses incisos têm uma retórica muito bonita, mas não abordam o fato de que não há, necessariamente, tratamento diferente entre categorias, mas que, não obstante, há tratamento desigual. Em uma mesma empresa as diferentes categorias de funcionários, podem ter todos os seus direitos trabalhistas cumpridos da mesma maneira. Entretanto, há tratamento pior, na medida em que alguns trabalhos intelectuais são estruturalmente mais valorizados no Brasil e, assim, são “proporcionalmente” melhor remunerados. O que define a extensão e a complexidade de trabalho é a conjunção de alguns sistemas de opressão, como o sistema capitalista, o patriarcado e o racismo estrutural. Parece natural que uma trabalhadora técnica trabalhe oito horas por dia de pé e que um executivo trabalhe muito menos e ganhe muitas vezes mais³⁵⁴. Novamente, sem a perspectiva substantiva, essas questões não emergem como problemas jurídicos de desigualdade.

³⁵⁰ Art. 7º, XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”

³⁵¹ No Brasil, 92% de todos os “empregados” domésticos são mulheres, em sua maioria negras, de baixa escolaridade e oriundas de famílias de baixa renda. Dados disponíveis em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35255&catid=10&Itemid=9#:~:text=O%20Instituto%20de%20Pesquisa%20Econ%C3%B4mica,%20em%202018%20em%20m%C3%A9dia.

³⁵² Art. 7º, XXXII, CF: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

³⁵³ Art. 7º, V, CF: piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

³⁵⁴ Dados disponíveis em: <https://www.salario.com.br/tabela-salarial/>

A existência de subordinação e a ideia de que isso constitui a desigualdade é encampada pelo STF. Nos últimos anos, o STF julgou inúmeros casos que envolviam questões de igualdade, dentre eles, a ADPF 186³⁵⁵, onde o STF decidiu pela constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais implementada pela Universidade Federal de Brasília.

Nesse caso, o relator da ação, Min. Ricardo Lewandowsky analisou a questão constitucional não a partir de princípios abstratos, mas sim a partir da realidade vivenciada por grupos que viriam a ser beneficiados pela ação afirmativa. Para o Ministro, a questão posta estava relacionada ao status do grupo que viria a se beneficiar das cotas sociais no Brasil, que, a seu ver, era subrepresentado em funções públicas e privadas “de relevo”³⁵⁶ no país em razão da discriminação histórica de sucessivas gerações.

O problema identificado pelo ministro foi não só a exclusão de pessoas negras, mas a exclusão resultante de uma discriminação estrutural e sistemática, historicamente construída. A partir dessa visão de mundo, aderente à realidade, o ministro concluiu que o problema não era a diferenciação, mas sim a subordinação, que era vivenciada por membros de grupos por causa de sua participação nos grupos³⁵⁷.

Apesar de eu ter as minhas dúvidas³⁵⁸ sobre a linha de casos formada pela ADI 3510, pela ADPF 54 e pelo HC 124.306, terem estabelecido as premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto”³⁵⁹, entendo que a ADPF 186 o faz.

A princípio, a relação entre a ADPF 186 não é óbvia. Em um primeiro momento, a ADPF 442 parece se aproximar muito mais dos casos das células tronco e da ADPF 54, que tratam da regulação da vida e da dignidade da mulher³⁶⁰. Entretanto, conforme argumento abaixo, a criminalização do aborto viola a igualdade, na medida em que é fruto de assimetrias de poder existentes na sociedade e perpetua essas mesmas hierarquias. Se olharmos a questão do aborto a partir desse enquadramento, a similaridade entre a ADPF 442 e a ADPF 186 emerge. Em ambos os casos há hierarquias que subordinam. Em ambos os casos é a ruptura com essas hierarquias que deve animar a interpretação de práticas subordinatórias.

³⁵⁵ BRASIL, STF, ADPF 186.

³⁵⁶ ADPF 186, p. 66.

³⁵⁷ ADPF 186, p. 67.

³⁵⁸ PENTEADO, 2020B; PENTEADO, 2020; PUSCHEL, F. Racionalidade coletiva no STF e precedentes vinculante: o exemplo do conceito de vida na ADPF 54. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 24, 2019.

³⁵⁹ ADPF 442, Petição Inicial, p. 2.

³⁶⁰ PENTEADO, 2020 (não publicado).

Em vista do que aqui foi dito, argumento abaixo que, se entendermos que a igualdade no direito é aquela que visa a superação da subordinação, então a criminalização do aborto é inconstitucional³⁶¹.

II. A criminalização do aborto viola a igualdade de gênero

a. Igualdade de gênero

No contexto da promoção da igualdade, a Constituição estabelece, em seu art. 3º, IV que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação. No art. 5º, I, por sua vez, estabelece que homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações. Proponho aqui uma leitura não essencialista dos dispositivos da igualdade. Ou seja, onde se lê origem + raça + sexo + cor + idade + outros, deve-se fazer uma leitura integrada das categorias, atenta para como essas se entrelaçam influenciando a própria constituição das categorias isoladas. Não proponho que se abandone a possibilidade de argumentar-se com base em gênero – o direito (pelo menos como é hoje) demanda categorizações e, politicamente, estas também são de várias maneiras importantes³⁶². Entretanto, não considero a categoria como sendo universal, abstrata e imutável, mas sim contextual e fluida. Esse entendimento, a meu ver, não deve servir apenas para este caso; o que se visa aqui é uma construção jurisprudencial que confira conteúdo a termos explicitamente adotados pela Constituição Federal, evitando usos *ad hoc* a depender da conveniência³⁶³.

b. A criminalização do aborto é fruto de estruturas de subordinação interligadas

³⁶¹ Apesar de eu ter receio em citar Ronald Dworkin em um caso de igualdade de gênero, se quisermos manter “o direito como integridade”, a ADPF 442 é o próximo elo na linha formada por casos como a ADPF 186.

³⁶² Isso não significa que devemos utilizá-las de maneira irrefletida e nem de assumir que esta é a formulação final que retrata uma “vanguarda iluminista” LUGONES, M. Toward a Decolonial Feminism. *Hypatia*, fall 2010, vol. 25, nº. 4, p. 742-759, 2010.

³⁶³ MACKINNON e CRENSHAW, 2019 propõem uma emenda à Constituição dos Estados Unidos. Uma emenda constitucional no Brasil poderia ser bem-vinda, mas, no meio tempo, é papel do STF conferir conteúdo aos conceitos.

Normas constitucionais há muito são invocadas no debate sobre aborto no Brasil, nas mais diversas áreas envolvidas no debate público³⁶⁴ - em geral, emergem como relevantes o direito à vida do feto, de um lado, e direitos das mulheres, de outro.

Isso se vê, por exemplo, na ADPF 54. Na Petição Inicial da ADPF 54, a autora da ação defende, dentre outras coisas, que a aplicação do conjunto normativo de criminalizar o aborto ao parto antecipado da gravidez de feto anencefálico violaria a dignidade humana³⁶⁵, o princípio da legalidade³⁶⁶ e o direito à saúde³⁶⁷ das mulheres em questão. A peticionária aponta que, em caso de feto viável, haveria tensão entre direitos opostos: de um lado, a vida potencial do feto e, de outro, a liberdade e a autonomia da gestante. Mas, como naquele caso a autora defendia a inexistência de vida em potencial, não haveria sequer o que se ponderar³⁶⁸.

Nesse caso, ainda que não houvesse o que ser ponderado, o STF engajou-se em argumentos principiológicos mesmo assim, e as autoras Marta Machado e Rebecca Cook entendem que o STF constitucionalizou a abordagem de ponderação para resolver quaisquer futuros litígios sobre aborto³⁶⁹. Isso se verifica, por exemplo, na argumentação do relator da ação, que afirmou em seu voto que

Ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo [...], tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde³⁷⁰

Na ADPF 442, o argumento é um pouco diferente. Na ação, a autora defende que não há conflito entre direitos fundamentais, dada a impossibilidade de se imputar direitos

³⁶⁴ MACHADO, M; COOK, R. Constitutionalizing abortion in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 5, p. 2243, 2018.

³⁶⁵ Art. 1º, CF.

³⁶⁶ Art. 5º, II, CF.

³⁶⁷ At. 6, caput e art. 196, CF.

³⁶⁸ Depoimento de Debora Diniz, representante da ONG ANIS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Transcrição da Audiência Pública da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54. Autor: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Ministro-Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 28 de agosto de 2008. p. 103. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_28808.pdf f. Acessado em: 13 março 2018. APUD MACHADO e COOK, 2019, p. 2255.

³⁶⁹ MACHADO e COOK, 2019, p. 2257.

³⁷⁰ Brasil, ADPF 54, p. 69.

fundamentais ao embrião ou feto. Isso, pelo fato de o feto não ser detentor de direitos fundamentais³⁷¹, entendimento encampado pelo min. Marco Aurélio, na ADI 3.510:

A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca ox carbônica com o meio ambiente³⁷².

Apenas, subsidiariamente, a autora da ADPF 442 admite que poderia haver uma ponderação entre direitos fundamentais das mulheres e o respeito ao valor intrínseco do feto³⁷³.

A ideia de que, no caso do aborto, deve haver ponderação de direitos e, ainda mais, a prevalência dos direitos da mãe, é um grande passo, na medida em que traz a mulher para o centro do debate (em contraste com discussões que se centram na fisiologia)³⁷⁴. Entretanto, essa concepção não é juridicamente suficiente. Esse discurso mantém a oposição entre a gestante e o feto como seres autônomos. Em um dos casos, trata-se de “direito vs. direito”; no outro, trata-se de direito vs. direito inexistente.

A crença que há conflito entre vida do feto e liberdade da gestante decorre de uma visão descontextualizada da gravidez. O contexto de desigualdade no qual estão inseridas as mulheres mostra que a decisão pelo aborto não decorre do conflito, mas sim, da *conjunção de interesses*. A gestante não quer satisfazer interesses egoístas em detrimento dos interesses de futuras vidas e “da família”, como sustentam os adversários do aborto. Essa difícil decisão é tomada levando em consideração o melhor para os dois seres.³⁷⁵ Para entendermos isso, devemos olhar para o que a reprodução é na vida de mulheres.

A reprodução em um ambiente de desigualdade envolve o impedimento da maternidade pela esterilização forçada, como ocorreu no caso de Janaína Aparecida Quirino³⁷⁶ que, em 2017,

³⁷¹ BRASIL, ADPF 442, p. 25.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 4 fev. 2017.

³⁷³ BRASIL, ADPF 442, pp. 45-46.

³⁷⁴ SIEGEL, 1992.

³⁷⁵ PENTEADO e DIMOULIS, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-podemos-aprender-com-os-ataques-governamentais-ao-aborto-legal-16062020>

³⁷⁶ ALVES DA CRUS, E, 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>. Nas palavras de Debora Diniz, “A esterilização não é um problema quando a mulher decide de forma voluntária e esclarecida por esse método. O Estado deve confiar nas decisões das mulheres e lhes garantir

foi submetida ao procedimento sem o seu consentimento, por autorização judicial³⁷⁷. Também, pela entrega de filhos para adoção em situação de pobreza, seja por mecanismos institucionais³⁷⁸, seja por mecanismos institucionais, que levam à entrega informal à adoção³⁷⁹. Envolve também a compulsoriedade da gravidez e da maternidade. Essas duas questões são facetas da mesma moeda: a desigualdade.

A reprodução envolve a falta de educação sexual e o acesso precário à informação³⁸⁰ e a contraceptivos³⁸¹. Em um Estado onde políticas de abstinência sexual são cogitadas como forma de prevenir a gravidez, isso fica patente³⁸². A reprodução envolve a sexualidade da mulher, que é alienada das mais diversas formas. É alienada pela violência sexual, que ocorre não por acaso, mas sim porque a mulher é uma mulher e meninas são meninas em um ambiente de assimetria de poder³⁸³ (muitas vezes, a própria casa, pelas pessoas mais próximas)³⁸⁴. Nesses casos, o aborto é permitido, mas às vezes, mulheres que procuram esse procedimento sofrem inúmeras violências institucionais³⁸⁵.

A sexualidade é também alienada na medida em que é construída, em grande medida, excluindo mulheres e seus interesses, de forma que o significado do prazer e o ritmo da

o direito de decidir quando e como querem uma gravidez. Na prática, os direitos das mulheres são cotidianamente violados. E são as mulheres pobres, negras e moradoras das periferias do Brasil as mais afetadas. Falar em esterilização forçada é ignorar problemas estruturais e as desigualdades que vivemos em nosso país. Considero uma prática de tortura” Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/06/13/Por-que-esteriliza%C3%A7%C3%A3o-para-controle-demogr%C3%A1fico-%C3%A9-uma-viol%C3%A7%C3%A3o>

³⁷⁷ BRASIL. Comarca de Mococa. Ação Civil n. 10011521-57.2017.8.26.0360, Juiz: Juiz Djalma Moreira Gomes Junior. Mococa. 27 Junho 2017.

³⁷⁸ MARTINS, J. Mulheres de maternidade interrompida. São Paulo: Com-arte, p. 24, 2018.

³⁷⁹ PENTEADO, 2020.

³⁸⁰ EVARISTO, C. p. 65, 2016. “Isso porque eu sabia da pílula. Muita mina aqui não tem nem ideia. A vontade que dá é gritar: ‘vai tomar no (...)! Deixa a mina em paz” História de Maria Julieta. Disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

³⁸¹ “Só pra dar uma ideia, uma vez, eu fui tomar a pílula do dia seguinte no posto de saúde...e meu, é uma burocracia do capeta (...) Aí você chega no médico, e o cara faz as mesmas perguntas: por que não usou camisinha heim menina? O mesmo julgamento, a mesma cara de dono da sua vida”. História de Maria Julieta. Disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

³⁸² Referência à política de abstinência proposta pela Damares, disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/damares-deve-lancar-campanha-de-abstinencia-sexual-em-fevereiro/> e também à condenação de cartilhas escolares que veiculava “ideologia de gênero”, disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-preparar-pl-que-proibe-ideologia-de-genero-no-ensino-fundamental,70002994948>.

³⁸³ “Estupro bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos”, disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2020/03/233/ESTADISTICAS-Estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao-meninas-de-ate-13-anos.html>;

³⁸⁴ “Foi quando assisti à cena mais dolorosa de minha vida. Um homem esbravejando, tentando agarrar, possuir, violentar o corpo nu de uma menina, enquanto outras vozes suplicantes, desesperadas, desamparadas, chamavam por socorro. Pediam ajuda ao pai, sem perceber que ele era o próprio algoz”. História de Shirley Paixão. EVARISTO, 2016, p. 32.

³⁸⁵ DINIZ, D; DIAS, V; MASTRELLA, M; MADEIRO, A. A verdade do estupro nos serviços do aborto legal no Brasil. Rev. Bioét, vol. 22, nº 2, p. 291-298, 2017.

sexualidade³⁸⁶ muitas vezes não envolvem a preocupação com uma gravidez e com as suas consequências³⁸⁷. “A camisinha me aperta”. “A camisinha me incomoda”. “Com a camisinha eu não consigo”. “Tem certeza de que faz questão da camisinha? Você não confia em mim?”. “Tudo bem, vai (virada de olho)”³⁸⁸. É alienada pela forma como a sociedade ainda vê a sexualidade das mulheres³⁸⁹.

Em um mundo de igualdade sexual, a gravidez indesejada aconteceria por falha nos métodos contraceptivos, descuidos³⁹⁰ e por azar³⁹¹, mas, no contexto de desigualdade, ela é também um problema da imposição de uma sexualidade que vulnerabiliza mulheres. É claro que relações sexuais podem ser experiências livres e gratificantes. Mas não é possível presumir que uma gravidez foi voluntária, em um ambiente sexual tão permeado por assimetria de poder. A alienação sexual, atualmente, não acontece na mulher; ela acontece porque há uma mulher.

A reprodução envolve também a gravidez. A gravidez indesejada pode ser bem-vinda e gratificante³⁹², assim como qualquer outra, mas pode também causar culpa³⁹³, medo e sofrimento³⁹⁴. Sofrimento não só da mulher, pela mudança drástica em sua vida, mas também

³⁸⁶ SAHD, Luiza; FERREIRA, Christiane. Pornografia: será que você devia parar de assistir a esses conteúdos na internet? Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/reportagens-especiais/pornografia-sera-que-voce-devia-parar-de-assistir-a-esses-conteudos-na-internet/#tematico-1>

³⁸⁷ “Foi mais ou menos em outubro, naquele calor danado, que a gente saiu. Foi tão intenso que acabamos transando sem camisinha. Eu não usava maconha, não tinha bebido, nada disso-só foi intenso demais. - ‘Você tem camisinha?’ – ‘Ih, eu não...’. E a gente não pensou em mais nada. Na hora eu não consegui me impor. Achava que camisinha era coisa de homem. – ‘Ah, deixa pra lá’. Comigo era tipo: não tem, se vira, vai comprar, mas eu nunca andava com camisinha. Era uma coisa de homem”. Quatro Marias, Maria Julieta. Disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

³⁸⁸ O ESTADO DE SÃO PAULO, “7 ‘desculpas’ de homens para não usar camisinha” Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/noticias/bem-estar,7-desculpas-de-homens-para-nao-usar-camisinha-e-que-nao-colam,10000091696> “8 respostas para ter na ponta da língua quando ele não quiser usar camisinha”; TAVARES, Barbara. <https://www.uol.com.br/universa/listas/7-respostas-pra-ter-na-ponta-da-lingua-quando-ele-nao-quiser-usar-camisinha.htm>. Incluo como referência aqui experiências de amigas e amigas de amigas e amigas de amigas de amigas.

³⁸⁹ “Ser mulher é isso: é ser dos outros. Você fica sempre envergonhada, é hostilizada por todo mundo. Se você sai da caixinha, todo mundo só tem ódio. E se engravida, fia, você é a mulher, você é a que deu, a que transou. Saiu da caixinha pra valer. A culpa é sempre sua, tá ligado?”. História de Maria Julieta, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

³⁹⁰ “Eu também não queria, tinha sido apenas um descuido. Um descuido, repito. Diferentemente da minha primeira gravidez, quando eu, bem jovem, nas primeiras relações, nada soubesse de métodos contraceptivos” História de Saura Benevides Amarantino, EVARISTO, 2016, p. 120.

³⁹¹ História de Saura Benevides Amarantino. EVARISTO, 2016, p. 117.

³⁹² História de Isaltina de Campo Belo. EVARISTO, 2016, p. 65.

³⁹³ “Eu estava mesmo só, porque não tinha coragem de dividir isso com as mulheres mais próximas a mim – minhas irmãs e a minha mãe (...) Eu sabia que nenhuma das minhas irmãs ia entender (...) Só de pensar em contar para ela, me dava um sentimento horrível de vergonha. Aliás, eu não tinha coragem de repetir isso nem pra mim mesma”. História de Maria Julieta. Disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

³⁹⁴ “Meu pai, na ocasião, quis me expulsar de casa, mas minha mãe impediu. Como colocar, na rua, uma menina de 16 anos, grávida, sozinha, quando o sem-vergonha do namoradinho dela havia fugido”? (...) “Diante da defesa dela, meu pai amoleceu e me deixou ficar, sob uma condição. Logo depois que a criança nascesse, assim que ela crescesse um pouco, eu deveria partir”. História de Saura Benevides Amarantino, EVARISTO, 2016, p. 118.

pelo feto que não terá condições de criar. A gravidez envolve culpabilização³⁹⁵, abandono³⁹⁶ e solidão³⁹⁷. Envolve pressão³⁹⁸. Envolve violência obstétrica³⁹⁹. Muitas vezes envolve violência doméstica⁴⁰⁰. A gravidez indesejada não acontece na mulher. Ela acontece, muitas vezes, porque há uma mulher.

A reprodução envolve a tomada de decisão trágica que segue a gravidez indesejada. Abortar clandestinamente, sofrendo risco de vida⁴⁰¹ e riscos à saúde física e psicológica⁴⁰². Ter medo de ter sequelas e não conseguir ser mãe⁴⁰³. Não abortar, sabendo que a vida irá mudar drasticamente⁴⁰⁴. Não abortar e colocar para adoção sem suporte algum que permita uma escolha informada. Até para aquelas que podem pagar por um procedimento se deparam com uma decisão trágica, não só por se confrontarem com questões morais, mas também por ter sua decisão e sua culpa influenciadas por visões patriarcais a elas impostas⁴⁰⁵. A decisão trágica não acontece na mulher. Ela acontece porque há uma mulher.

³⁹⁵ “E deixou de falar comigo quando a terceira gravidez já me acusava no corpo, que começava a se arredondar” História de Saura Benevides Amarantino, EVARISTO, 2016, p. 118.

³⁹⁶ “Fui conversar com o Romeu. Seguinte: Tô grávida. Só que...” –Meu, se você decidir ter o filho, você sabe que vai sozinha. Não tô afim de ser pai’. Ele não me deu nenhuma palavra amiga, não perguntou o que eu queria. ‘E pode vazar’. Só tirou o dele da reta.

³⁹⁷ “Eu fiquei desesperada. Tinha 22 anos. Pensei em todas as histórias que sabia sobre as minas que abortavam. As que eu sabia que tinham sido presas, as que morreram abortando... as que eram mães e odiavam. EU NÃO QUERIA”. História de Maria Julieta, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

³⁹⁸ “Sou do tempo em que uma gravidez significava a obrigação de casamento, tanto entre os ricos como entre os pobres. Minha família ia me casar, eu ia obedecer, embora não fosse o meu desejo.” História de Saura Benevides Amarantino, EVARISTO, 2016, p. 118.

³⁹⁹ Violência obstétrica e o viés racial. Geledés. São Paulo, 19 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/violencia-obstetrica-e-o-vies-racial/>

⁴⁰⁰ FIOROTTI, K et al. Prevalência e fatores associados à violência doméstica: estudo em uma maternidade de alto risco. Texto contexto - enferm. [online]. 2018, vol.27, n.3, 2018. “Um dia, algo dolorido no ventre de Aramides inaugurou uma perturbação entre os dois (...) Na deslembração, ficou dissimulado o doer da lâmina na cama a lhe resfolegar a barriga. E a dolorosa ardência do cigarro aceso esmagado em seu ventre também buscou se alojar no esquecimento”. História de Aramides Florença. EVARISTO, 2016, p. 13.

⁴⁰¹ “Na quebrada é assim que acontece: as minas sempre dão um jeito de decidir. E todo mundo sabe. Sabe dos chás de bucinha, do remédio, e sabe da vizinha, da prima, da amiga que abortou, da madrinha que foi presa e da fulana que morreu (...). História de Maria Julieta, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

⁴⁰² “Uns meses depois, eu tive uma bad, um arrependimento, uma culpa enorme. Eu fiquei me sentindo muito mal, e não conseguia falar sobre isso com ninguém”. História de Maria Julieta. Disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

⁴⁰³ “E aí, mais um medo apareceu: o de não conseguir mais ser mãe. Porque cara, eu não queria ter filho naquela hora – mas hoje em dia, quase 10 anos depois, eu quero muito”. História de Maria Julieta, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

⁴⁰⁴ “É a mulher que vai ficar com a criança, é a mulher que vai gerar, que vai sofrer a mudança no corpo, se privar de fazer várias coisas. O cara consegue viver tranquilamente sendo pai, ou fugindo de ser pai. A mulher, não”. História de Maria Julieta, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

⁴⁰⁵ “E aí, variações disso encheram a minha cabeça: “eu sou uma burra, tenho todas as condições para me proteger e não fiz isso, a culpa é minha. Eu não conseguia raciocinar, tremia, chorava, de um jeito que eu nunca fiz antes. Quero me matar. Chorei por uma hora sem parar”. História de Maria Mudança, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-mudanca/>

A escolha trágica se dá, em muitos casos, sem apoio emocional, material e presencial dos companheiros e das famílias, sem considerar se é melhor para elas e os possíveis filhos interromper a gravidez (talvez arriscando suas vidas), optar pela adoção ou criar filhos em situação de privação, insegurança e violência, causadas justamente pelas desigualdades sociais. A escolha também se dá em um ambiente racializado. Muitas mulheres negras consideram se querem colocar um filho negro em um mundo racista⁴⁰⁶. E esse medo é fundado. Uma mãe negra nunca sabe se seus filhos serão mortos na juventude em uma sociedade violentamente racista - nas ruas, em suas casas pela polícia ou fora de casa, pela omissão da empregadora da mãe (e da sociedade).⁴⁰⁷

A reprodução envolve a maternidade. A maternidade pode trazer alegrias, mas pode trazer também consequências ruins. A maternidade no Brasil é um processo muitas vezes solitário⁴⁰⁸. Mulheres mães são abandonadas. Mulheres mães são julgadas⁴⁰⁹. Mulheres mães são privadas. Mulheres mães são vulnerabilizadas pela pobreza. Mulheres mães são responsabilizadas. Mulheres mães vivem com bolsa família e auxílio emergencial. Mulheres mães resistem diariamente para criar seus filhos e lutam por uma vida melhor. Mulheres que têm companheiros muitas vezes continuam sozinhas nos deveres ligados à maternidade⁴¹⁰.

Muitas vezes são privadas da vida pública e do mercado de trabalho. Mas, mais vezes ainda são obrigadas a adentrarem em um mercado de trabalho precário, terceirizado, e, muitas vezes relacionados ao cuidado de filhos que não são seus, tendo que deixar seus filhos aos cuidados de outras pessoas⁴¹¹. Mesmo com companheiros, têm dupla jornada. Têm seu trabalho alienado duplamente. O remunerado, alienado no mercado de trabalho. O não remunerado, alienado em casa. Passam a ganhar menos e com isso, passam a depender financeiramente⁴¹² de outros.

⁴⁰⁶ Maju Coutinho faz relato doloroso do racismo que viveu ao longo da vida – “ele mata, ele nos fere”. Uol. São Paulo, 3 de junho de 2020. Disponível em: <https://contigo.uol.com.br/noticias/tv/maju-coutinho-faz-relato-doloroso-do-racismo-que-viveu-ao-longo-da-vida-ele-mata-ele-nos-fere.phtml>

⁴⁰⁷ Pensemos na mortes de Ágatha Félix, João Pedro Mattos Pinto e Miguel Otávio Santana, dentre tantas outras. Segundo o IBGE, o risco de um jovem negro ser assassinado é 2,7 vezes maior do que de um branco (*Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil*. Rio de Janeiro, 2019, ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-porcor-ou-raca.html).

⁴⁰⁸ “Aramides me olhou, dizendo, feliz, que seu filho pronunciava sempre os mesmos sons, desde que o pai dele havia partido, há quase um ano, quando o bebê tinha somente alguns dias de vida”. História de Aramides Florença. EVARISTO, 2016.

⁴⁰⁹ A ‘boa’ mãe. Estadão, São Paulo, 3 de setembro de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-boa-mae/>

⁴¹⁰ Esse tópico será elaborado em profundidade abaixo.

⁴¹¹ COUTINHO, R. Terceirização tem ‘cara’: é preta e feminina. Geledés. São Paulo, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/terceirizacao-tem-cara-e-preta-e-feminina/>

⁴¹² Esse tópico será elaborado em profundidade abaixo.

Num momento de cortes de direitos sociais, os cortes acometem a mulher mãe. Aliás, os cortes (e o capitalismo em geral) só são possíveis porque há a mulher mãe. Uma mulher que não é mãe de um filho, é mãe de um marido, é mãe de pais idosos, é mãe de uma comunidade inteira. A mulher mãe é a que leva a cabo o cuidado. O cuidado que é deixado de lado por instituições e imposto à mulher mãe, por considerar a maternidade uma escolha. Qualquer que seja o caso, a maternidade impede a participação da mulher na “Esfera Pública” – que, aliás, é uma construção social que, por si só, impede a participação de mulheres. Seus interesses não são representados e suas experiências são apagadas na produção de valores⁴¹³.

A proibição do aborto é um caso claro da imposição de valores construídos de forma alheia ao interesse das mulheres. A criminalização do aborto se propõe neutra e, ironicamente, se propõe até simpática às mulheres, na medida em que permite a prática em alguns casos considerados extremos. Acontece, entretanto, que o que se vê, olhando o conjunto de maneira integrada, é uma lógica perversa, permeada por valores moldados pelo poder. Como exposto abaixo, o aborto só não é crime quando a mulher não rompe com o que se espera dela. Quando a mulher sofre violência sexual, ela não escolhe a relação sexual e, portanto, não deve ser culpabilizada pela imposição das consequências⁴¹⁴. Quando a mulher corre risco de vida, ela continua querendo ser mãe, ela apenas não pode ser mãe. Essa é a lógica também que se encontra por trás da ADPF 54, que considerou atípico o aborto em casos de anencefalia fetal. A visão da mulher como mãe é tão arraigada que permeia a criminalização do aborto. Se olharmos a mulher como não necessariamente mãe, é impossível considerar a criminalização do aborto razoável.

A maternidade compulsória e suas consequências não acontecem na mulher. Acontecem porque há uma mulher.

Como a criminalização do aborto faz parte de um todo, ele deve ser tratado assim juridicamente, como questão de igualdade. Não só para que seja resolvido de forma aderente à realidade, mas para ter uma solução eficaz, que demanda mudanças jurídicas, institucionais e sociais. A concretização do direito ao aborto, por óbvio, demanda uma participação ativa do Estado. Não só no que diz respeito ao oferecimento do aborto gratuito como todo o apoio possível, mas também em todas as etapas da reprodução.

⁴¹³ Esse tópico será elaborado em profundidade abaixo.

⁴¹⁴ ADPF 54, voto do Min. Cesar Peluso.

O olhar contextualizado permite também criticar a forma pela qual categorias e conceitos jurídicos relacionados à questão do aborto são conceptualizados de maneira alienada à experiência das mulheres. Essa crítica se dá no nível da epistemologia do próprio significado do aborto, e é elaborada no âmbito da crítica radical do direito. Essa crítica feminista é importante, pois oferece respostas sérias e satisfatórias para argumentos que sustentam a criminalização do aborto. Ainda, a crítica permite ver que diversas formas de se defender a descriminalização também incorrem nos erros de quem defende a criminalização, sendo, portanto, inadequadas.

Alguns conceitos jurídicos geralmente entendidos como neutros são, na verdade, construídos a partir de uma influência de inúmeras estruturas de poder. A análise radical do direito propõe-se a olhar profundamente categorias e conceitos jurídicos, de forma a entender como estes são permeados por construções alienadas à experiência das mulheres.

O olhar crítico contextual identifica que não há nenhuma outra relação no mundo análoga àquela que se dá entre a mulher e o feto, em um mundo de desigualdades. Como as experiências femininas não foram historicamente consideradas na legislação, a visão que prevaleceu na conceptualização do aborto foi aquela masculina, do observador externo.

O observador externo não se encontra inserido no contexto da gravidez e isso faz com que ele olhe a relação entre a mulher e o feto de forma igualmente alheia ao contexto, a partir do que suas experiências permitem. O tratamento jurídico da relação é feito a partir de analogias a outras relações, mas nenhuma delas apreende bem o que ocorre na relação entre a mulher e o feto. Algumas feministas tratam dessa questão no nível da subjetividade⁴¹⁵. Mas, para não incorrer nos riscos da essencialização, adotamos aqui a perspectiva que independe dos sentimentos da mulher com relação ao feto.

Mulheres e fetos são vistos pelo observador externo como seres radicalmente ligados ou radicalmente autônomos. O feto é visto como parte do corpo, ou como uma pessoa como qualquer outra. Acontece, entretanto, que a relação existente entre a mulher e o feto é única, na medida em que é uma relação moldada por relações sociais. Ela é um meio termo entre parte do corpo e relação entre dois seres autônomos. O feto é fruto de uma relação social, é tanto gestado quanto criado em um contexto socialmente construído. Sendo que essas relações e

⁴¹⁵ GILLIGAN, C. Uma voz diferente. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

construções sociais se dão, geralmente, de forma desigual, em detrimento da mulher (e do feto)⁴¹⁶.

Reconhecer a relação especial existente entre a mulher e o feto deve pautar a reconceptualização da visão de gravidez que permeia a criminalização do aborto. A visão da gravidez como relação moldada por construções sociais impõe com que a enxergue como uma situação de conjunção de interesses e não oposição.

A visão de conjunção se opõe, radicalmente, à visão de oposição que permeia a criminalização. O aborto é criminalizado, pois é entendido como forma de proteção de um feto em detrimento de interesses particulares da mãe. Se enxergarmos a conjunção de interesses, entretanto, vemos que o aborto é uma decisão tomada por uma mulher responsável, que pensa em si e no seu feto de forma conjunta.

O argumento da reconceptualização do aborto é importante, pois responde à objeção de que a procura pelo aborto seria algo injusto e egoísta da parte da mulher – visão esta que leva à comparação do aborto ao homicídio. Essa ideia é recorrente no debate. No último dia 12/06/2020, o deputado federal pelo PSL Filipe Barros propôs o Projeto de Decreto Legislativo nº 217/2020, que visa sustar a aplicação de normas técnicas do Ministério da Saúde, que impõe medidas para o aborto seguro, legal e humanizado pelo Sistema Único de Saúde⁴¹⁷.

A justificativa do projeto é a de que, apesar de o aborto ser proibido, o

governo brasileiro (...) usa o dinheiro do contribuinte por meio do Sistema Único de Saúde para financiar a criminosa eliminação de bebês em gestação. Isso ocorre porque deturpa-se de forma grosseira a expressão “não punível” para o aborto em caso de estupro, como se a ausência de pena para o criminoso gerasse obrigação ao estado de assassinar nascituros, com o aval da mãe⁴¹⁸.

⁴¹⁶ MACKINNON, 1991, p. 1309.

⁴¹⁷ Norma Técnica do Ministério da Saúde intitulada “Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes”, editada em 1998, assim como a de todas as versões posteriores, ampliadas e atualizadas da mesma norma; Norma Técnica do Ministério da Saúde intitulada “Atenção Humanizada ao Abortamento”, editada em 2005, assim como a de todas as versões posteriores, ampliadas e atualizadas da mesma norma e Nota Técnica de número 16/2020, do Ministério da Saúde, cujo assunto é “Acesso à saúde sexual e saúde reprodutiva no contexto da pandemia da COVID”, publicada em 01 de junho de 2020.

⁴¹⁸ PDL n. 217/2020, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1903363&filename=Tramitacao-PDL+271/2020

Essa objeção não é superada por argumentos como o da ponderação de interesses da mulher e do feto.

A ponderação de interesses pode privilegiar a vida do feto em detrimento dos interesses da mulher; pode também privilegiar interesses da mulher. Mas, em ambos os casos, o que se tira é uma contraposição de interesses, onde alguém sai perdendo. Essa visão se assemelha em muito à situação das excludentes de ilicitude em homicídios – como, por exemplo, autodefesa – mas continua se tratando de uma situação semelhante a um homicídio. O que retira esse caráter da questão do aborto é a reconceptualização da relação da mulher e do feto.

Esse olhar integrado impõe a pergunta: nesse ambiente desigual, o aborto é uma questão individual da mulher em detrimento do feto? E ainda, as mulheres têm as condições e o interesse de admitir que o direito ao aborto venha à custa da afirmação de que fetos e embriões não sejam detentores de direitos fundamentais? Essas questões tocam em uma questão mais profunda: em algumas situações, pessoas poderiam tomar decisões de vida ou morte sem nem bem serem egoístas e nem bem violarem direitos fundamentais? Se sim, essas pessoas poderiam ser mulheres?⁴¹⁹ Se não, o problema seria a decisão de vida ou morte⁴²⁰, ou o fato de serem mulheres escolhendo não levar a cabo uma gravidez?⁴²¹

Conceptualizar a gravidez e olhá-la como parte de um sistema permeado por desigualdades têm uma importância normativa: ela deve ocorrer para que se alcance a igualdade e a emancipação. Isso se contrapõe à escolha que se pretende neutra, mas que é também normativa, de se enxergar o feto como ser autônomo dotado ou não de personalidade jurídica, que gera a subordinação. Em outras palavras, não há nem direito vs. direito e nem direito vs. direito algum, porque essa relação específica, se olhada contextualmente, não cabe em nenhuma dessas duas caixinhas, na medida em que é não é nem uma relação opositiva e ambos os seres envolvidos merecem proteção.

Atualmente, o aborto não acontece na mulher. Ele acontece porque há uma mulher num ambiente de desigualdade. Quando não houver desigualdade, provavelmente a prática do aborto não terá relevância social, já que será, realmente, um acaso. Mas, ainda nesse cenário, a relação entre a mulher e o feto deve ser levada em consideração, mesmo quando a questão essencial

⁴¹⁹ PINKOLA ESTÉS, C. Mulheres que correm com os lobos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, p. 15, 2014.

⁴²⁰ Coronavírus: médicos podem ter de fazer ‘escolha de Sofia’ por quem vai viver na Itália. Uol. São Paulo, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2020/03/13/coronavirus-medicos-podem-ter-de-fazer-escolha-de-sofia-por-quem-vai-viver-italia.htm>

⁴²¹ ROSS, 1990, p. 140.

passar a ser, de fato, a privacidade, a autodeterminação e outros direitos individuais (que, diga-se de passagem, só existem de verdade quando há igualdade).

A partir das perspectivas adotadas, a questão do aborto passa a ser indissociável de praticamente todas as outras questões envolvendo questões de gênero. Aborto se relaciona com subordinação sexual, com violência doméstica, falta de educação sexual, acesso limitado a contraceptivos, visões incorporadas sobre a sexualidade feminina, a gravidez em si, a violência obstétrica, a esterilização forçada, a maternidade, a desigualdade econômica, a discriminação no ambiente de trabalho, o próprio trabalho, que é genderizado, racializado e classista, dentro muitas outras questões.

A questão do aborto não é só é faticamente parte de tudo isso, como também só pode ser tratada assim para que o aborto seja realmente emancipatório. A autonomia para fazer um aborto não existe se estiver contida em um ambiente de desigualdade, mesmo que o aborto seja permitido⁴²².

c. A criminalização como fruto da dominação⁴²³

No Brasil, por mais que se expresse que a proibição do aborto visa proteger a vida, temos alguns indícios de que esta não era a principal motivação quando da edição da norma, como se vê com a retomada do histórico da legislação do aborto no Brasil⁴²⁴.

A condenação do aborto vem do período colonial, momento no qual a Igreja Católica tinha grande influência na definição da moralidade social e nas políticas estatais. Nesse contexto, o Estado fazia uso de justificativas baseadas na moralidade católica para promover suas políticas. A condenação do aborto nasceu, então, como forma de impedir mulheres de se engajarem em atividades que permitissem realizações fora da vida conjugal e familiar, reduzindo-as à categoria de reprodutoras. A condenação moral da conduta sustentada pela Igreja Católica estava alinhada também com a política estatal de promover o aumento populacional na colônia⁴²⁵.

⁴²² COPELON, 1990, p. 39.

⁴²³ O escrutínio da legislação à luz de como estruturas de poder permeiam a norma no contexto norte-americano foi desenvolvida em SIEGEL, 1992 e em SALDIVIA MENAJOVSKY, 2018, p.195.

⁴²⁴ DEL PRIORE, M L. A Árvore e o Fruto: Um breve ensaio sobre o aborto na história. Revista Bioética, Cons. Fed. Medicina Brasília, v. 2, nº .1, p. 43-51, 1994.

⁴²⁵ DEL PRIORE, 1990, 1994, p. 1

Nas palavras da historiadora Del Priore,

Mais do que atacar o homicídio terrível que privava uma alma inocente do batismo, e, portanto, da salvação eterna, caçavam-se os desdobramentos condenáveis nas ligações fora do matrimônio

Também aqui a moral católica se alinhava com os interesses do Estado, que não queria aumentar a população de qualquer forma, mas sim aumentar a população "honrada", com crianças fruto de ligações legítimas, em consonância com o tipo de sexualidade aprovado pela Igreja, qual seja, aquela com o fim reprodutivo⁴²⁶.

A condenação do aborto em seus primórdios no Brasil estava relacionada, em grande parte, a papéis socialmente atribuídos a mulheres. Mulheres negras eram vistas como sexualmente acessíveis e a sua gravidez, muitas vezes fruto de estupro por parte de escravagistas brancos, era tida como benéfica economicamente para o aumento da população escrava e logo, da produtividade. Dessa forma, não havia condenação da atividade sexual e do estupro da mulher negra e não havia interesse em que esta se tornasse esposa e mãe de família, mas, tão somente, uma reprodutora. No caso de mulheres brancas de classe alta, a proibição se ligava à ideia de que ao "casar, procriar, batizar e educar na fé cristã os seus rebentos", a mulher estaria dirimindo o "pecado original"⁴²⁷. Essa citação é interessante pois ela sumariza o caráter dual da legislação do aborto: de um lado, temos a ideia de pecado e de culpa relacionada ao sexo feminino; de outro, o papel da mulher como esposa e mãe, que deve cumprir essa função tanto em nome da igreja católica - como forma de perpetuar a fé cristã - quanto em nome da política estatal de promover a moralidade da população crescente.

A proibição ao aborto em seus primórdios era antes uma forma de controlar a mulher e confiná-la ao papel socialmente atribuído a ela - de mãe e esposa ou de reprodutora forçada - do que de proteger o feto, ou a vida em potencial. A vida era protegida pelo seu valor instrumental – seja para o aumento da população branca católica, seja para o aumento da mão de obra.

⁴²⁶ DEL PRIORE, 1994, p. 1.

⁴²⁷ DEL PRIORE, 1994, p. 3.

O histórico da legislação do aborto no Brasil levanta suspeitas sobre como ideais sobre as mulheres permeiam a legislação até hoje. Entretanto, o histórico não é suficiente e devemos nos perguntar como essas ideias animam a regulação do aborto hoje.

No Brasil, não é incomum que se entenda que o objetivo da proibição do aborto é a proteção da vida do feto. Essa ideia se expressa no Código Penal, que posicionou a proibição do aborto (art. 124, CP) na seção dos “Crimes Contra a Vida”. Também, na ADPF 54, caso no qual o STF declarou a inconstitucionalidade da criminalização do aborto em situações de anencefalia fetal, a ideia de que o fim da norma é a proteção da vida, ou da vida em potencial, foi a que prevaleceu⁴²⁸. Ademais, no voto-vista do ministro Barroso no HC 124.306, a ponderação é realizada partindo-se do princípio de que a finalidade da norma é proteger o feto. O fato de o Código Penal e de esse entendimento aparecer na jurisprudência, entretanto, não coloca uma pá de cal sobre o que de fato permeia a norma. Pode ser que a vida de fato importe, mas, será só isso?

Para responder a esta questão, não basta olhar apenas para o histórico da legislação; devemos também pensar sobre o que se protege hoje e, assim como ocorre nos Estados Unidos, existem grandes indícios de que visões discriminatórias sobre o papel das mulheres continuam a ser significativas para a restrição do aborto. Olhando a proibição do aborto de forma contextualizada, a norma parece ser muito mais uma forma de controle das mulheres – especialmente das mais vulneráveis – do que uma forma legítima de se proteger a vida.

Uma primeira evidência de que o papel das mulheres importa para a proibição encontra-se na própria estrutura da norma. O aborto consentido está regulado no conjunto normativo expresso pelo Art. 124 caput, que prevê “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque - Pena - detenção, de um a três anos” e pelo Art. 128, I e II, que dispõe sobre as situações onde o aborto não é punível: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante e II - e a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

⁴²⁸ ADPF 54, 2012, Min. Rosa Weber, p. 108; Min. Joaquim Barbosa, pp. 150-152; Min. Marco Aurélio, pp. 54-55; Min. Ayres Britto, p. 257 -60

Sobre a proibição geral do aborto em conjunto com a exclusão do inciso I, ou seja, exclusão do "aborto necessário", Ana Lucia Sabadell e Dimitri Dimoulis⁴²⁹ afirmam que, se entendido como despidiende, o art. 128, I é

indevidamente restritivo, pois com base na norma geral sobre o estado de necessidade o aborto deixa de ser antijurídico mesmo se há risco de dano para a saúde da gestante

Se, ao contrário, for entendido como *lex specialis*, excluindo a aplicação da norma geral no aborto,

então deve ser considerada inconstitucional porque limita os direitos fundamentais da gestante de maneira desproporcional e contrária ao princípio da igualdade (pense-se na extensão do estado de necessidade no caso de homicídio)

Independentemente de como esses dispositivos devam ser lidos e aplicados em situações práticas, o fato de existir esse descompasso entre a regra geral (estado de necessidade) e a regra específica do caso do aborto chama atenção.

Em um sistema onde as penas dos crimes protegem de forma diversa os diferentes estágios da vida (ou seja, penaliza-se menos o aborto do que o homicídio doloso), parece estranho que, justamente no caso em que a vida é menos protegida, a regra para excludente seja mais dura. Talvez isso se dê em função do ideal de que a mãe deva se sacrificar por seu filho, o que se coaduna com a tese aqui defendida de que a proibição do aborto é reflexo da assimetria entre os gêneros existente na sociedade.

Uma leitura da regra geral em conjunto com o inciso II também nos dá insights interessantes que vão no mesmo sentido. A excludente de punibilidade em caso de aborto de feto fruto de estupro tem sua origem no Código Penal de 1890, onde a pena era reduzida para mulheres que cometessem aborto para proteger a própria "honra". Ou seja, a mulher era menos penalizada em

⁴²⁹ Constitucionalidade, moralidade e tratamento penal do aborto. In: Ingo Wolfgang Sarlet & George Salomão Leite. (Org.). Direitos fundamentais e biotecnologia. 1ed. São Paulo: Método, 2008, v. 1, p. 325-349.

situações em que a gravidez resultasse de ato sexual "desonroso", alheio a sua vontade⁴³⁰. O sentido original desta excludente nos ajuda a ver com clareza o que estava por trás da tipificação do aborto - no caso, o controle do ímpeto sexual da mulher: quando a mulher não tinha "culpa" pela gravidez, ela poderia ser escusada se efetuasse um aborto.

Ainda que o histórico da norma seja bastante elucidativo, nem precisamos voltar a 1890 para encontrar a lógica da "culpa pela gravidez" no discurso sobre o aborto, inclusive em âmbito institucional: parece que a ideia de que o aborto pode ser feito quando a mulher não tem "culpa" pela gravidez pode ser verificado no voto do Ministro Cezar Peluso, na ADPF 54. O ministro Cezar Peluso procede à interpretação evolutiva das excludentes de ilicitude, de forma a se posicionar contrariamente ao argumento da autora da ação de que a interrupção da gravidez anencefálica se assemelha ao chamado "aborto sentimental" e de que a sua proibição se assemelha à tortura⁴³¹.

Segundo a autora da ação, como o objetivo da interrupção da gravidez em casos de anencefalia é proteger a integridade psíquica da mãe e como a excludente de ilicitude em casos de estupro tem exatamente o mesmo objetivo, ela também deve ser incluída no rol das excludentes. Para o min. Cezar Peluso, entretanto, as situações são distintas: o aborto é permitido em casos de estupro pois há o que ele chama de "violência injusta"⁴³². Ao contrário do que possa se pensar, o ministro não entende o "injusto" como derivado da violência em si decorrente do sofrimento da mulher, mas sim do fato de a gravidez ser fruto de um crime e, portanto, alheia à vontade da mulher.

Outro indício é o fato de que, ainda que a punição do aborto não ocorra com frequência, muitas mulheres optam pela condicional, que geralmente trata de trabalho em instituições públicas que envolvam crianças. “É mais ou menos como uma punição por a pessoa não querer ser mãe”⁴³³. Também aqui a própria permissão do aborto em casos de estupro poderia servir

⁴³⁰ PIERANGELLI, J H. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.

⁴³¹ PENTEADO, 2021, nota 54.

⁴³² Nas palavras do ministro, “a gravidez [de feto anencefalo], intencional ou fortuita, não decorre de nenhum ato de violência, mas do cabal exercício da liberdade dos genitores (...) a gravidez oriunda de estupro recusa toda comparação sensata à mera gravidez indesejada, a qual, apesar de também ser, em tal sentido, involuntária, poderia, em circunstâncias normais, ter sido prevenida (...) a inevitabilidade real a que aludi, no caso do estupro, contrapõe-se ao caráter falsamente evitável da “tortura” desencadeada pelo diagnóstico de anencefalia, pois aquela tem sua causa material na concepção provocada por ato ilícito de força física (vis compulsiva), enquanto a gravidez anencefálica é, por hipótese, inteiramente livre na origem, sendo inevitável apenas quanto a seus efeitos (a gestação) (...)” ADPF 54, 2012, pp. 408-409.

⁴³³ <https://quatromarias.com/portfolio/maria-dentro-da-lei/>, Maria da Lei, entrevista com a defensora pública Ana Rita Souza Prata, do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher.

para fazer a regra erodir por dentro, afinal, discrimina-se mulheres que desejam engajar-se em atividade sexual *double-standard* para o julgamento da conduta sexual das mulheres.⁴³⁴

A interpretação do ministro não serve para nos dizer qual a motivação da norma. Mas ela diz muito sobre ideias que perpassam a norma, especialmente a ideia de que a proibição do aborto serve para punir mulheres que não se conformam com certos ideais de sexualidade virtuosa. Voltando para a primeira excludente, temos que a que limita o aborto ao risco de vida da mãe, ignorando sua saúde, nos mostra que também perpassa a norma a noção de que uma mãe necessariamente faria todo o possível – até prejudicar a si mesma - para ter o seu filho. Como dito acima, dentro da lógica dessa argumentação, não é necessário que se demonstre a má-fé dos legisladores. Basta que identifique-se como ideias discriminatórias permeiam a norma.

A análise da estrutura interna da norma – que levanta suspeitas quanto a julgamentos sobre a conduta esperada de mulheres e sobre papéis a elas atribuídos, também pode ser complementada por uma análise social da restrição do aborto no Brasil, a partir de duas perspectivas. Na primeira, olhando para os esforços que o Estado demonstra para proteger a vida de forma geral. O Estado demonstra uma preocupação real, ou essa preocupação só aparece no caso do aborto? Ou seja, existe coerência entre o discurso que entende o aborto como proteção da vida ou da vida em potencial e a proteção desse mesmo bem jurídico de outras maneiras no Brasil? Na segunda, olhando para como o Estado trata a sexualidade das mulheres. O Estado interfere positivamente ou negativamente nessa esfera? Há desejo de controle feminino em outros âmbitos que não o aborto? Como primeiro comentário, também no Brasil vemos que a própria norma do aborto abre exceções para que se deixe de proteger a vida. A proteção depende da conformação da mulher a determinadas condutas.

Quanto ao primeiro ponto, temos que, no Brasil, a proibição de aborto é causa de morte de mulheres. Ou seja, a proibição do aborto, que visa proteger a vida, fere e mata. Anualmente são realizados aproximadamente 200.000 atendimentos no SUS de abortos clandestinos inseguros que deram errado⁴³⁵, e aproximadamente 200 mulheres morrem por ano pelas consequências de complicações decorrentes desse tipo de aborto⁴³⁶.

⁴³⁴ Siegel, 1992, p. 364.

⁴³⁵ CARDOSO, B; VIEIRA, F; SARACENI, V. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, 2020.

⁴³⁶ Uma mulher more a cada 2 dias por causa do aborto inseguro, diz Ministério da Saúde. Cofen, São Paulo, 3 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html;

No que se refere ao potencial de vida em si, temos uma pesquisa de 2016 financiada pelo Governo Britânico e por outras nove instituições que chegou à conclusão de que ocorrem mais abortos em países onde o aborto é criminalizado do que onde ele é legalizado. Aparentemente, onde a conduta é legal, a cada 1000 mulheres, 34 decidem abortar e onde ela não é, 37 de 1000 mulheres optam pela interrupção da gravidez⁴³⁷. Como podemos perceber, a criminalização do aborto não protege nem a vida em potencial do feto e nem a vida das mulheres de maneira adequada.

Esse problema torna-se ainda mais grave quando olhamos para os constantes ataques do Governo Federal a métodos contraceptivos e à educação sexual, que são, comprovadamente, formas de se evitar a gravidez e de se diminuir práticas de aborto. No lugar dessas políticas, o governo tem usado a estratégia de combater a gravidez propondo a abstinência sexual⁴³⁸.

E a proteção da vida em geral? Nos últimos quatro anos, em um esforço de aumentar a austeridade econômica, o governo brasileiro passou a fazer cortes em despesas públicas. A primeira mudança se deu em 29 de novembro de 2016, no Governo Temer, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95, que estabeleceu o congelamento dos gastos públicos em educação e saúde por vinte anos. Essa medida terá impacto negativo no financiamento e na garantia do direito à saúde no Brasil, abalando sobremaneira crianças, jovens e idosos economicamente vulneráveis, uma vez que não leva em consideração o aumento populacional previsto para os próximos 20 anos e a dobra do número de idosos também prevista.⁴³⁹ O fato de o primeiro corte ter se dado justamente nas áreas de saúde e educação – que impactam sobremaneira crianças e adolescentes – levanta suspeitas sobre a valorização da vida partir do nascimento.

Se olhamos a postura do Estado após o nascimento da criança no que se refere à preocupação na sua criação e educação, é possível questionar se o Estado está empregando todos os meios não coercitivos necessários para a promoção do bem estar e da vida de

⁴³⁷ SEDGH, G. et al. Abortion incidents between 1990 and 2014: global, regional and subregional levels and trends. *The Lancet*, vol. 388, nº 10041, 2016.

⁴³⁸ Abstinência sexual : entenda a estratégia da ministra Damares para combater a gravidez na adolescência. GZH Comportamento. São Paulo, 24 de janeiro de 2020. Disponível em : <https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2020/01/abstinencia-sexual-entenda-a-estrategia-da-ministra-damares-para-combater-a-gravidez-na-adolescencia-ck5swry7j0b9o01mv88pk2b2e.html>

⁴³⁹ Emenda Constitucional n. 95. IPEA, Nota Técnica. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil, set. 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf. Acessado em: 29/01/2020.

crianças⁴⁴⁰. O interesse estatal na proteção de crianças é ainda mais desacreditado quando lembramos que no segundo semestre de 2015, a Câmara aprovou por 320 a 152, a proposta de Emenda à Constituição que reduz a maioria penal. A medida, atualmente em trâmite no Senado, conta com o apoio do Presidente Jair Bolsonaro: *“Vou pedir para o Davi Alcolumbre botar na pauta do Senado a redução da maioria penal para crimes graves. Tenho certeza que ele vai empunhar essa bandeira”*⁴⁴¹.

No que se refere à vida das mulheres, também é possível demonstrar que o feminicídio e a violência doméstica, problemas de gênero gritantes no Brasil, não só não têm sido abordados no âmbito do Governo Federal, como também têm sido minados por políticas aparentemente neutras a gênero, que, na realidade, têm impactos diretos sobre a vida das mulheres.

Um indicativo relevante é o fato de o Presidente Jair Bolsonaro ter assinado um decreto que facilita o porte de armas, quando 2.339 mulheres foram mortas por arma de fogo – isso somente em 2016⁴⁴². A cada minuto, treze mulheres são assassinadas no Brasil. São 4.8 feminicídios para 100 mil mulheres, a quinta maior taxa de feminicídio do mundo⁴⁴³, sendo a maioria das vítimas (65,3%) composta por mulheres negras⁴⁴⁴. Mortes por gênero não se limitam a mulheres cis; o Brasil lidera o ranking mundial de mortes de travestis e transexuais, contabilizando 40% de todos os assassinatos de pessoas trans reportados no mundo⁴⁴⁵. O presidente, por exemplo, claramente não respeita a vida da população LGBT:

*“Não existe homofobia no Brasil. A maioria dos que morrem, 90% dos homossexuais que morrem, morre em locais de consumo de drogas, em local de prostituição, ou executado pelo próprio parceiro”*⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ SIEGEL, B. Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory. In: FINEMAN, M; KARPIN, I (Orgs.) Mothers in law: Feminist theory and the legal regulation of motherhood. Nova York: Columbia University Press, p. 57, 1995.

⁴⁴¹ Bolsonaro defende votação da PEC da maioria penal no Senado. Agência Brasil. São Paulo, agosto de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/bolsonaro-defende-votacao-da-pec-da-maioridade-penal-no-senado>

⁴⁴² Governo Bolsonaro: um ataque à vida das mulheres. Blog Cidadania. São Paulo, abril de 2019. Disponível em: <https://blogdacidadania.com.br/2019/04/governo-bolsonaro-um-ataque-a-vida-das-mulheres/>

⁴⁴³ THEMIS. Gênero Justiça e direitos humanos. ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. Disponível em: <http://themis.org.br/onu-taxe-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>. Acessado em: 11/11/2020

⁴⁴⁴ Atlas da violência 2017. IPEA, disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf, p. 37.

⁴⁴⁵ TMM Annual Report, 2016. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>, p. 7.

⁴⁴⁶ Jair Bolsonaro em entrevista ao documentário *Out There*, exibida pela BBC britânica, 2013.

*“O cara vem pedir dinheiro para mim para ajudar os aidéticos. A maioria é por compartilhamento de seringa ou homossexualismo. Não vou ajudar porra nenhuma! Vou ajudar o garoto que é decente”*⁴⁴⁷

Nos últimos dezoito meses – cujo início corresponde ao início do governo Bolsonaro, as mulheres têm sido constantemente atacadas. Em primeiro lugar, a antiga Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, que adquiriu status de Ministério no Governo Lula, foi substituída pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, que, desde 2020 está sobre o comando da ministra Damare Alves. Um olhar para as colocações da ministra sobre situações de ameaça à vida das mulheres fala por si só sobre a desvalorização da vida:

*“Ensinar nossos meninos nas escolas a levar flores para meninas, por que não? Abrir porta do carro para mulher, por que não? A se reverenciar para uma mulher, por que não? Nós não vamos estar colocando a mulher em uma situação de fragilidade. Mas vamos elevar para um patamar de um ser especial pleno, de um ser extraordinário”*⁴⁴⁸

*“Foge do Brasil! Você está no pior país da América do Sul para criar meninas”*⁴⁴⁹

O padrão de desvalorização da vida pelo Estado também pode ser verificado com a convivência com o uso abusivo da força letal e execuções sumárias, que, na prática, constituem um genocídio de jovens negros⁴⁵⁰.

*“[O policial] entra, resolve o problema e, se matar 10, 15 ou 20, com 10 ou 30 tiros cada um, ele tem que ser condecorado, e não processado”*⁴⁵¹

*“Morreram poucos. A PM tinha que ter matado mil” (Sobre o massacre do Carandiru)*⁴⁵²

*“Tem que armar a população”*⁴⁵³, diz o presidente. Quem é a população? Pelo índice de mortes de mulheres cis, da população LGBT e homens negros jovens e pobres, me parece que a “população” à qual a frase se refere tem alvo.

⁴⁴⁷ Jair Bolsonaro em entrevista à revista Playboy, em 2011.

⁴⁴⁸ Ministra Damare Alves em 8 de março de 2019. <https://veja.abril.com.br/politica/damare-quer-ensinar-meninos-a-levar-flores-e-abrir-a-porta-para-meninas/>

⁴⁴⁹ Ministra Damare Alves, declaração dada em 15 de fevereiro de 2019. <https://veja.abril.com.br/politica/foge-do-brasil-e-o-conselho-de-damare-para-pais-que-criam-meninas/>

⁴⁵⁰ IPEA. Atlas da violência 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf, p. 21, p. 30.

⁴⁵¹ Jair Bolsonaro em entrevista ao Jornal Nacional em 28 de agosto de 2018.

⁴⁵² Jair Bolsonaro, declaração dada em público em 1992.

⁴⁵³ Jair Bolsonaro em vídeo da reunião ministerial.

Se ainda havia alguma dúvida sobre a desvalorização da vida no governo do presidente Bolsonaro, após a pandemia da COVID-19, não há mais nenhuma⁴⁵⁴.

“E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Sou Messias, mas não faço milagre”⁴⁵⁵.

Quanto ao ponto do controle da mulher, temos o contrário. Enquanto o Governo Federal não dá importância à vida, ele demonstra uma preocupação excessiva com o controle da sexualidade da mulher e com a sua conformação a papéis socialmente atribuídos. Isso se verifica com as políticas recentemente adotadas pelo Governo Federal, que não têm só efeitos concretos, mas também ideológicos.

Em primeiro lugar, como mencionado acima, temos ataques constantes a métodos contraceptivos e à educação sexual, o que tem um impacto desproporcional sobre a sexualidade de mulheres e meninas. Outra medida que tem um impacto proporcional em mulheres e meninas é o incentivo da abstinência sexual como método de contracepção. Meninos também são alvos da política, mas, como não engravidam, não há o mesmo incentivo para a abstinência que há para meninas. Ainda que a abstinência não vá ocorrer de qualquer forma.

Esse tipo de política não tem só efeitos materiais e concretos nocivos, mas também perpetua ideias sobre qual o comportamento adequado para meninas e mulheres. Ideais estes que não afetam os homens e que, apesar de ultrapassados, ainda se perpetuam na sociedade. O posicionamento da Ministra Damare, que reflete o pensamento do Governo Federal, corrobora com essa ideia:

“A gente tem usado uma técnica com adolescentes (que) eu gostaria de sugerir aos professores. Pega uma fita adesiva e cola no braço do adolescente, faz uma roda e manda tirar e colar no braço de outro e (depois) de outros. Daqui a pouco, na quinta ou na sexta

⁴⁵⁴ “Bolsonaro faz a sua gestão da morte, com requintes de crueldade, ao desprezar e não incrementar as políticas públicas, seja deixando de comprar testes e respiradores em massa, seja deixando de importar máscaras para os nossos profissionais de saúde (não se esqueçam que na linha de frente não estão os médicos e, sim, as enfermeiras, os técnicos, as fisioterapeutas, as terceirizadas da limpeza), seja deixando de aportar verbas para que os Estados possam montar hospitais de campanha, seja congelando as verbas públicas destinadas à saúde, seja demitindo, em plena pandemia, o Ministro da Saúde”. Karla Aveline de Oliveira. A “coveira” que existe em mim saúda a “coveira” que existe em ti”. Portal Geledés, 09/06/2020. Disponível em: https://www.geledes.org.br/a-coveira-que-existe-em-mim-sauda-a-coveira-que-existe-em-ti/?utm_source=pushnews&utm_medium=pushnotification

⁴⁵⁵ “E daí? Lamento, quer que eu faça o quê?” diz Bolsonaro sobre mortes por coronavírus no Brasil. G1. São Paulo: 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml>

pessoa, a fita não gruda mais. Assim é nossa alma: fica larga. Tem uma hora que a menina não cola com ninguém, sua alma não cola com ninguém”⁴⁵⁶.

É muito interessante como vivemos um paradoxo; de um lado, há a valorização da “preservação” da sexualidade da mulher; de outro, paira a ideia de que os corpos das mulheres estão aí para serem usados. Esse paradoxo se vê na frase “*Ela quer fazer um furo*”. Quando o presidente fala isso para uma jornalista em termos de “piada”, de um lado, ele quer “humilhá-la” por fazer um furo no sentido sexual – como se fosse um problema uma mulher ter relações sexuais. De outro, ele se sente no direito de dispor do corpo dela, simbolicamente. Dispor do corpo da mulher é uma constante:

“Quem quiser vir aqui fazer sexo com uma mulher, fique à vontade.” ⁴⁵⁷

*“Ela não merece (ser estuprada) porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar porque não merece”*⁴⁵⁸

“Todo mundo ia atrás de galinha no galinheiro na minha cidade. Alguns mais malandros, iam atrás da bezerrinha, da jumentinha. Era comum. Não tinha mulher como tem hoje.” ⁴⁵⁹

“Ô Preta, eu não vou discutir promiscuidade com quem quer que seja. Eu não corro esse risco porque meus filhos foram muito bem educados e não viveram em ambientes como lamentavelmente é o teu.” ⁴⁶⁰

*“Pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff [...] o meu voto é sim”*⁴⁶¹

“Como eu estava solteiro na época, esse dinheiro do auxílio-moradia eu usava para comer gente” ⁴⁶²

Vale, por fim, trazer ainda a frase mais célebre da ministra Damares: “*Meninos vestem rosa e meninos vestem azul*”⁴⁶³. Ainda que de forma não óbvia, essa frase está diretamente relacionada à questão que enfrentamos aqui. Essa frase é curta, mas carrega em si um imenso

⁴⁵⁶ Damares Alves em declaração feita em dezembro de 2019

⁴⁵⁷ Bolsonaro em evento com jornalistas brasileiros, em 25 de abril de 2019.

⁴⁵⁸ Bolsonaro referindo-se a ex Ministra Maria do Rosário, em dezembro de 2014.

⁴⁵⁹ Bolsonaro no quadro Sem Saída (CQC), em março de 2012.

⁴⁶⁰ Bolsonaro em entrevista ao CQC, em 2011.

⁴⁶¹ Bolsonaro em votação da Câmara, em abril de 2016.

⁴⁶² Bolsonaro em declaração sobre o auxílio-moradia, em 2018.

⁴⁶³ Damares Alves em vídeo, em 2 de janeiro de 2019.

significado. Quando a ministra diz que meninas usam rosa, ela não quer dizer só isso. Ela quer dizer que meninas devem se conformar com determinados padrões de sexualidade. Esses papéis são inúmeros, dentre os quais, o de se conformar com a invasão incessante de seus corpos. Ou ainda, o de ser “*recatada e do lar*”, como diria o célebre constitucionalista Michel Temer sobre sua esposa⁴⁶⁴. Ou ainda o papel de subalternidade e inadequação, atribuído às mulheres negras por Jair Bolsonaro, por meio tanto de frases como “*Meus filhos não correm o risco de namorar mulheres negras*”, mas também por suas ações, como o voto contra a PEC que equalizou os direitos de trabalhadoras domésticas aos outros trabalhadores.

Existe um descompasso inegável entre o tratamento que o Estado dá à proteção da vida e a ideia de que a vida do feto é tão prioritária a ponto de justificar a compulsoriedade da gravidez. Se a vida em geral importa pouco e só é protegida quando há o correlato controle do comportamento da mulher, então é possível assumir que este controle tem um papel enorme quando o Estado e a sociedade consideram razoável proteger a vida através da proibição do aborto.

Pela afirmação do Deputado Filipe de Barros de que:

Isso [aborto legal no SUS] ocorre porque deturpa-se de forma grosseira a expressão “não punível” para o aborto em caso de estupro, como se a ausência de pena para o criminoso gerasse obrigação ao Estado de assassinar nascituros, com o aval da mãe”⁴⁶⁵

Me parece bastante claro que o problema não é o Estado assassinar; o problema é o “aval da mãe”, que, nessa situação, não se conforma com seus papéis.

Dessa forma, conclui-se que, tendo em vista o histórico discriminatório da legislação do aborto e o seu caráter discriminatório atual, demonstrado pela desvalorização da vida em os casos e pela correlação dessa valorização em casos que envolvem o controle da mulher, a proibição do aborto no Brasil viola a igualdade e é, portanto, inconstitucional.

d. A criminalização do aborto como reprodutora da subordinação

⁴⁶⁴ Michel Temer em 2016.

⁴⁶⁵ Projeto de Decreto Legislativo n. 271/2020.

É difícil acessar quais as consequências da maternidade em um trabalho acadêmico, especialmente nunca tendo vivenciado isso e tendo certeza de que todas as mulheres vivenciam a maternidade de forma totalmente distinta⁴⁶⁶. Então, para abordar essa questão tão sensível aqui – tendo a certeza de que nunca chegaremos a uma abordagem completa da questão – recorreremos a estatísticas, que, apesar de importantes por mostrarem os impactos coletivos, não conseguem captar sutilezas - e a outros meios que nos possibilitem captar a questão de forma mais aprofundada – ou seja, do ponto de vista real das mulheres. Outro meio adotado é recorrer para como o judiciário brasileiro tem lidado com casos individuais atinentes à maternidade.

Apesar de a ministra Damares dizer que “*gravidez é um problema que dura apenas nove meses*”⁴⁶⁷, a realidade do Brasil demonstra o contrário. O Brasil é um país em que a gravidez resulta na criação dos filhos por mulheres⁴⁶⁸. 11,6 milhões de lares são comandados por mães solteiras e 5,5 milhões de crianças não têm pai no registro⁴⁶⁹. Nesse contexto, 42,6% das famílias chefiadas por mulheres contam com a presença de filhos; em famílias chefiadas apenas por homens, esse percentual cai para 3,6%⁴⁷⁰.

O problema da gravidez compulsória não é biológico, mas, sim, social. A questão não é apenas carregar um ser indesejado por nove meses, mas também a maternidade que a segue e

⁴⁶⁶ “Resolvi terminar essa série de três relatos com uma reflexão importante. Ninguém é uma coisa só. As vezes a gente está no lugar de opressor e/ou de privilégio. Sendo branca, eu consigo andar pelo mundo, me posicionar e sobreviver com muito mais segurança e muito menos medo. As portas se abrem pra mim muito mais do que pra mulheres pretas. Eu sofro menos violência. Eu sou mais ouvida. Meu filho não corre risco de morte todo santo dia só por andar na rua. Ao me ver numa situação de injustiça eu posso resistir e sair. Se eu sou discriminada minha família me dá segurança financeira pra eu sair da situação. Se eu tenho a saúde mental abalada tenho dinheiro pra pagar terapia. Eu tenho uma rede de apoio linda formada por mulheres maravilhosas que conheci - também porque tenho privilégios. Parece pouco mas até amor é privilégio. Eu não preciso pensar em classe social ou renda familiar pra me casar, porque sei que vou sobreviver. Não preciso pensar na minha identidade ou sexualidade ou raça também pra amar. Não é assim pra todo mundo. É mais fácil lutar por mudança, e lutar com amor, quando sua existência não está em jogo. Reconhecer esse lugar, me lembrar dele todo o tempo, não ter pena de mim nem me colocar no lugar de vítima. Esses são os exercícios diários de desconstrução. Faça o seu também”. Post de 6 de setembro de 2019 do instagram @luizacorrea_maternar.

⁴⁶⁷ Damares Alves em entrevista em 6 de dezembro de 2018.

⁴⁶⁸ A realização de aborto seguro aumenta conforme a escolaridade da mulher grávida. 73% das mulheres escolarizadas nem cogitam manter a gestação. Disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-mudanca/>

⁴⁶⁹ Paternidade responsável: mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não têm o nome do pai na certidão de nascimento. IBDFAM, São Paulo, 7 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7024/Paternidade+respons%C3%A1vel%3A+mais+de+5%2C5+milh%C3%B5es+de+crian%C3%A7as+brasileiras+n%C3%A3o+t%C3%AAm+o+nome+do+pai+na+certid%C3%A3o+de+nascimento>

⁴⁷⁰ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Retrato das desigualdades de gênero e raça (Brasília, Ipea, 2014).

que tem diversas implicações para as condições identitárias, materiais e simbólicas das mulheres⁴⁷¹

Quando o aborto não é levado a cabo – por diversos motivos, que vão desde a impossibilidade, medo, desamparo, apego ao novo ser, a visão do novo ser como uma esperança de realização, pressões familiares e sociais, culpa⁴⁷² e até a internalização de visões sobre o papel da mulher (qualquer que este seja) – o resultado é o nascimento de um bebê. O que se segue varia⁴⁷³.

Algumas mulheres dão os filhos para a adoção – ainda que a separação de um bebê seja mais difícil do que a separação de um feto. Algumas fazem isso tomando essa decisão conscientemente, outras fazem isso de forma compulsória. Esse é um sofrimento sem tamanho, que acomete principalmente mulheres vulneráveis que, por estigma e abandono do Estado, suas instituições de “acolhimento” e os vieses infinitos do judiciário brasileiro⁴⁷⁴, são coagidas à entrega dos filhos à adoção.

No caso do judiciário brasileiro, temos diversas situações em que o princípio da primazia do bem-estar do menor implica em seu acolhimento institucional em detrimento da família biológica, pois a família biológica não se conforma com os padrões de família socialmente aceitos. É claro que o ambiente que se visa evitar não é necessariamente o melhor ambiente para o menor. Mas devemos nos perguntar: quem na sociedade atual pode conferir o ambiente adequado? Provavelmente pessoas ricas, que se adequam ao padrão de família socialmente

⁴⁷¹ “Eu sou muitas coisas. Ninguém é uma coisa só. Eu sou mulher, mãe e sou feminista, mas essa é só uma parte de mim. Uma grande parte, mas não toda. Ser mãe não me define, mas escolhi viver a maternidade de maneira ativa, refletida e política. Porque identifico na sociedade uma injustiça que acontece com as mulheres e acomete principalmente as mães. Vai desde uma enorme responsabilização (famoso *mum shaming*), passando pela solidão materna e culminando em discriminação de muitas ordens. Existe uma invisibilização destas questões e um silenciamento. Falar delas é resistir e existir. Para mim, assim como ser mulher, ser feminista não é uma escolha. É um valor que não se separa de mim. É algo que eu acredito com todos os meus poros. Vejam, eu amo muito meu filho, e eu quero muito que ele viva em um mundo mais justo”. Post de 4 de setembro de 2019 de @luizacorrea_maternar no instagram.

⁴⁷² Saura Benevides (pressão familiar, culpabilização, castigo). Insubmissas lágrimas de mulheres.

⁴⁷³ “A maternidade muitas vezes é cruel, perversa e um potente instrumento de perpetuação do sexismo e violência contra a mulher. Isso é um fato. Não vou discutir aqui se é ou não. É. É só traçar o itinerário e os desdobramentos dele”. FREITAS, Carla. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/maternidade-no-jogo-perverso-da-vida/>

⁴⁷⁴ “registre-se que o acolhimento institucional sob o fundamento de risco à menor não deve ser examinado apenas sob a perspectiva de riscos de natureza física, mas também, dos riscos de índole emocional. É preciso que haja um ambiente propício, saudável, equilibrado e estável para a criação, desenvolvimento e aprendizado da criança, de modo que estruturas familiares que não se fundem em bases sólidas, que sejam inseguras ou belicosas, evidentemente não atendem ao seu melhor interesse”. HC 513874, rel. min. Nancy Andrighi, Dje 19/11/2019, terceira Turma. É claro que este ambiente descrito não é o melhor ambiente para o menor. Mas, devemos nos perguntar: quem na sociedade atual pode conferir o ambiente adequado? Provavelmente pessoas ricas, que se adequam ao padrão de família socialmente valorizado. Uma alternativa seria o acolhimento real da família vulnerável que, na condição de pobreza não poderia criar um filho.

valorizado. Uma alternativa seria o acolhimento real da família vulnerável que, na condição de pobreza, não poderia criar um filho⁴⁷⁵.

Existe no Brasil em cenário de ambiguidade institucional que fere mulheres. De um lado, há a romantização e valorização da maternidade como ideal. Como bem explica o Constitucionalista e ex-presidente do Brasil Michel Temer,

*“Tenho absoluta convicção, até por formação familiar e por estar ao lado da Marcela, do quanto a mulher faz pela casa, pelo lar. Do que faz pelos filhos. E, se a sociedade de alguma maneira vai bem e os filhos crescem, é porque tiveram uma adequada formação em suas casas e, seguramente, isso quem faz não é o homem, é a mulher [...] ela é capaz de indicar os desajustes de preços em supermercados e identificar flutuações econômicas no orçamento doméstico”*⁴⁷⁶

De outro lado, o desamparo e o incentivo velado à adoção como melhor saída para mulheres vulneráveis, de forma informada por padrões e violência de gênero. A Justiça, nesse cenário, é muitas vezes temida e idealizada. As mulheres, por sua vez, são constantemente confrontadas com padrões de gênero, que as levam a entregar filhos, muitas vezes abandonando o sonho que de a maternidade poderia representar uma nova saída em suas vidas e, outras vezes, obrigadas a se conformar com eles⁴⁷⁷.

Quando crianças não são removidas dos cuidados da mulher, esta também sofre impactos negativos, das mais diversas maneiras, ainda que a maternidade seja romantizada e, em teoria, muito valorizada⁴⁷⁸. Essa valorização, entretanto, não se reflete necessariamente na realidade das mulheres e de sua relação com a maternidade.

A maternidade, no Brasil atual, leva ao reforço da divisão sexual do trabalho em uma sociedade genderizada, racializada e baseada na dominação de classes, especialmente em uma

⁴⁷⁵ “registre-se que o acolhimento institucional sob o fundamento de risco à menor não deve ser examinado apenas sob a perspectiva de riscos de natureza física, mas também, dos riscos de índole emocional. É preciso que haja um ambiente propício, saudável, equilibrado e estável para a criação, desenvolvimento e aprendizado da criança, de modo que estruturas familiares que não se fundem em bases sólidas, que sejam inseguras ou belicosas, evidentemente não atendem ao seu melhor interesse”. HC 513874, rel min. Nancy Andrighi, Dje 19/11/2019, terceira Turma. É claro que este ambiente descrito não é o melhor ambiente para o menor. Mas, devemos nos perguntar: quem na sociedade atual pode conferir o ambiente adequado? Provavelmente pessoas ricas, que se adequam ao padrão de família socialmente valorizado. Um alternativa seria o acolhimento real da família vulnerável que, na condição de pobreza não poderia criar um filho.

⁴⁷⁶ Michel Temer em discurso em 8 de março de 2017 <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2018-03-08/dia-das-mulheres-discurso-temer.html>

⁴⁷⁷ MARTINS, 2019, p. 24.

⁴⁷⁸ “Numa situação dessas, você sofre preconceito de todos os lados, porque ser mãe é muito romantizado”. História de Maria Julieta, disponível em: <https://quatromarias.com/portfolio/maria-julieta/>

sociedade que tem desmontado a assistência social e se apoiado no trabalho não remunerado de mulheres para legitimar suas ações⁴⁷⁹.

No Brasil, algumas mulheres foram, historicamente, confinadas ao lar e à esfera privada da procriação. Isso se vê, por exemplo, com normas do Código Civil de 1916, que outorgavam ao homem a autoridade sobre a família. A mulher casada perdia sua plena capacidade, o que era um entrave para a sua vida tanto no âmbito doméstico, como na vida fora do lar, já que, até para trabalhar, dependia de autorização do marido. Ainda, não havia a possibilidade de divórcio⁴⁸⁰. A única forma de realização pessoal era através da constituição de uma família. A proibição do aborto, nesse contexto, não só refletia o papel naturalizado da mulher como mãe, mas também perpetuava essa condição. Atualmente, a vida privada não é a regra. Mulheres privilegiadas trabalham e podem se realizar também fora de casa.

Mulheres de baixa renda, por outro lado, sempre fizeram parte da força de trabalho, especialmente no que se refere ao trabalho precarizado⁴⁸¹. É interessante ressaltar, entretanto, que grande parte do trabalho desenvolvido por estas mulheres sempre foi – e ainda é – muito ligado à esfera doméstica, e, principalmente ao cuidado⁴⁸². Esse fato em muito influenciou na entrada da mulher privilegiada no mercado de trabalho⁴⁸³. Para a mulher da classe trabalhadora, o estereótipo da mulher como mãe e cuidadora verifica-se, também, na naturalização da ideia de que essas mulheres só são aptas ao trabalho doméstico, de baixa especialização, voltado ao cuidado⁴⁸⁴. Mulheres continuam a ser as maiores responsáveis pelo cuidado da casa, dos filhos, dos idosos e de pessoas com deficiências, seja em suas próprias casas, seja na casa de outras pessoas⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ A crise tem rosto de mulher: precarização e desmonte de políticas afetam mais elas. Brasil de fato. São Paulo, 8 de março de 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/03/08/a-crise-tem-rosto-de-mulher-precario-e-desmonte-de-politicas-afetam-mais-elas>

⁴⁸⁰ DIAS, MB. A mulher no código civil. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf

⁴⁸¹ BIROLI, F. Gênero e Desigualdades. Limites da democracia no Brasil. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 22.

⁴⁸² BETÂNIA DE MELO ÁVILA, M; SALETE, J. O tempo do trabalho das empregadas domésticas: tensões entre dominação/exploração e resistência. 2009. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

⁴⁸³ SAFFIOTI, H. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. 3.ed., São Paulo, Expressão Popular, 2013, p. 133.

⁴⁸⁴ BIROLI, 2017, p. 43.

⁴⁸⁵ Mulheres fazem 75% de todo o trabalho de cuidados não remunerado do mundo. G1. São Paulo, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/blog/amelia-gonzalez/post/2020/01/20/mulheres-fazem-75percent-de-todo-o-trabalho-de-cuidados-nao-remunerado-do-mundo.ghtml>

A participação da mulher no mercado de trabalho cresceu no Brasil, mas isso não significa que o trabalho remunerado seja visto de forma apartada da realidade. Como bem explica o presidente, *“Eu tenho pena do empresário no Brasil, porque é uma desgraça você ser patrão no nosso país, com tantos direitos trabalhistas. Entre um homem e uma mulher jovem, o que o empresário pensa? ‘Poxa, essa mulher está com aliança no dedo, daqui a pouco engravida, seis meses de licença-maternidade’...”* (...) *“Por isso o cara paga menos para a mulher (porque ela engravida)”*⁴⁸⁶

Apesar de a participação de mulheres no mercado de trabalho ter aumentado, a divisão sexual do trabalho no Brasil ainda é uma realidade⁴⁸⁷ – muito embora essa divisão também seja racializada e baseada em classe⁴⁸⁸. Mulheres continuam a ter, em média, uma jornada de trabalho remunerada menor do que a dos homens, justamente por sua participação no trabalho não remunerado dos cuidados com os filhos e com a casa. Isso tem impactos na remuneração das mulheres – que continua a ser menor do que a dos homens, em torno de 20%, subindo a 35% em trabalhos como agricultura e varejo – mas também na sua menor participação na “esfera pública”⁴⁸⁹.

Essa menor participação tem efeitos concretos imediatos, como a menor remuneração das mulheres impacta na sua dependência do companheiro e na sua possibilidade de crescimento na carreira⁴⁹⁰. Tem também impactos mais amplos, como a menor participação na política, seja na propositura de medidas concretas que partam das suas próprias experiências e que, portanto, tenham um potencial emancipatório real, seja na reformulação de valores e significados⁴⁹¹.

A divisão sexual do trabalho, intimamente relacionada à maternidade, é fruto e reprodutora de hierarquias sociais que impactam as mulheres em geral, e as mulheres vulneráveis sobremaneira. É fruto, na medida em que reflete visões sobre o papel da mulher e é reprodutora,

⁴⁸⁶ Bolsonaro em entrevista ao site oficial do PSL em 8 de março de 2016.

⁴⁸⁷ Enquanto 50% dos homens dizem participar dos cuidados com a casa, entre mulheres, a porcentagem sobe para 90%. (IPEA, 2012, p.7). Inclusive, quanto mais filhos na família, mais tempo a mulher gasta com os trabalhos domésticos, enquanto para os homens, o número de filhos não gera mudanças significativas. (IPEA, 2012, p. 9).

⁴⁸⁸ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), retrato das desigualdades de gênero e raça (Brasília, IPEA, 2014).

⁴⁸⁹ Mulheres no mercado de trabalho: como é a situação atual? UNICESUMAR. São Paulo, 29 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/blog/mulheres-no-mercado-de-trabalho/>

⁴⁹⁰ IBGE, 2018. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Divulgação Especial. Mulheres no Mercado de Trabalho. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=downloads>

⁴⁹¹ BIROLI, 2018, p. 23.

na medida em que reforça esses papéis⁴⁹². A divisão social do trabalho é moldada pelo gênero e também constrói e reafirma o gênero. As mulheres são impactadas de formas diversas, de acordo com o privilégio, mas a divisão do trabalho mantém-se presente na maioria dos ambientes domésticos⁴⁹³.

O maior impacto se dá na vida de mulheres com filhos pequenos, o que indica que arranjos familiares quanto ao cuidado dos filhos prejudicam as mulheres⁴⁹⁴. Esse fato ocorre não só por conta da menor participação dos homens nessas atividades, mas também na omissão do Estado quanto ao cuidado com as crianças e, por tabela, com as mães.

É importante nos atentarmos para o fato de que, no Brasil, as condições atuais de corte de gastos, especialmente no que se refere à saúde e educação, direitos trabalhistas e seguridade social, só tendem a intensificar esse cenário. Quando o Estado se omite, ele o faz porque sabe que mulheres cuidaram daqueles que deixaram de ser cuidados pelo Estado. Essa é uma característica inerente ao capitalismo⁴⁹⁵.

A maternidade, no contexto de genderização e racialização do trabalho faz com que a mulher grávida muitas vezes se prenda ao marido, mesmo em situações de violência, o que não só expõe a mulher a riscos, como expõe também seus filhos⁴⁹⁶. Sua separação, por sua vez, leva à pobreza e ao excesso de responsabilidade⁴⁹⁷.

Mas, o que tudo isso tem a ver com a proibição do aborto? Em primeiro lugar, há uma conexão estrutural. Os valores que informam a proibição do aborto são os mesmo que informam a divisão sexual do trabalho. Mulheres diferentes são impactadas por visões diferentes sobre seus destinos, capacidades e possibilidade. Entretanto, existe algo em comum que permeia todo o imaginário social: a possibilidade e a aceitação do controle de mulheres. Em segundo lugar,

⁴⁹² “Mulheres cis (que não são trans*) desde crianças são disciplinadas com a pedagogia da maternidade. Lembro-me da preocupação de uma amiga: – Carla, deixe sua filha participar desse momento do irmão caçula! Deixe ela dar a mamadeira, estimule que ela lhe ajude no banho, trocar fraldas....Você e ela só ganham com isso, é assim que ela vai aprender a ser mãe. – QUEM DISSE QUE ELA VAI QUERER SER MÃE? Bom, pelo menos numa coisa concordamos, maternidade não é algo instintivo, é algo que se aprende a desejar a ser, ou não. Debaixo de muita violência, insistência e moralidade”. FREITAS, Carla. Maternidade no jogo perverso da vida. <https://www.geledes.org.br/maternidade-no-jogo-perverso-da-vida/>

⁴⁹³ BIROLI, F. Gênero e Desigualdades. Limites da democracia no Brasil. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 23.

⁴⁹⁴ IBGE, 2018. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Divulgação Especial. Mulheres no Mercado de Trabalho. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=downloads>

⁴⁹⁵ BIROLI, 2018, p. 52.

⁴⁹⁶ LABRONICI, L; TRIGUEIRO, T; RAIMONDO, ML; FEGADOLI, D; BATISTA, J. A redescoberta da maternidade por mulheres vítimas de violência doméstica: uma possibilidade existencial. *Cogitare Enferm*, p. 474-9, 2010.

⁴⁹⁷ Mary Benedita, Insubmissas lágrimas de mulheres.

há uma conexão concreta: em um mundo onde ter um filho significa não só a gestação, mas todo o cuidado com os filhos, a escolha e a possibilidade real de um aborto seguro são medidas necessárias para o alcance da igualdade.

III. Pedidos

Olhar para a questão do aborto de forma integrada a outras questões sociais relacionadas à mulher, como a reprodução como um todo, a maternidade, o cuidado e mercado de trabalho nos permite enxergar o aborto como uma questão de igualdade e a sua criminalização como sendo tanto fruto de assimetrias de poder, quanto permeada por assimetrias de poder e perpetuadora de assimetrias de poder. O argumento que fazemos aqui não é só o de que a criminalização tem consequências nocivas para direitos individuais, mas sim, o de que esta faz parte de uma estrutura de subordinação. Dessa forma, o aborto não pode ser criminalizado – nem de formas menos restritivas.

Pede-se, assim, que, em respeito ao princípio da igualdade substantiva, inscrita na Constituição Federal e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prática do aborto voluntário seja descriminalizada e legalizada no modelo “por demanda” (ou seja, em qualquer circunstância em que a mulher entenda haver necessidade), sem limite de tempo gestacional, sendo o acesso ao aborto garantido pelo Sistema Único de Saúde⁴⁹⁸.

CONCLUSÃO

A presente dissertação procurou contribuir para o debate sobre aborto no Brasil, pela apresentação crítica de um argumento pró-legalização do aborto na chave da igualdade, construído a partir de perspectivas radicais pela advogada feminista Catharine MacKinnon. Trata-se, em linhas gerais, de um argumento que enxerga a criminalização do aborto como fruto e reprodutora de assimetrias de poder, seja pela forma como a norma é construída, quais os valores que a perpassam e quais os seus impactos na manutenção de um sistema de subordinação. Tendo em vista que a igualdade demanda, para a autora, o dismantelamento de hierarquias, a criminalização do aborto é inconstitucional.

⁴⁹⁸ Esse modelo é adotado no Canadá *R. v. Morgentaler*, [1988] S.C.R. 30 (Can.); no Vietnam Law on the Protection of People's Health, art. 44(1) (1989)

O primeiro passo foi a apresentação da obra mais ampla da autora, que, conforme argumentamos, é radical de quatro formas: primeiro, pelo método adotado, que propõe que o conhecimento feminista deve ser construído a partir da realidade de mulheres; segundo, pelo seu entendimento de que o problema da desigualdade encontra-se não na diferença de tratamento entre pessoas, mas nas assimetrias de poder que constituem uma verdadeira estrutura de dominação (igualdade substantiva); terceiro, pela sua visão de que a igualdade real (substantiva) só pode ser alcançada pela ruptura com estruturas; por fim pela sua forma de análise radical do direito. Tendo em vista a opressão estrutural, o direito é enxergado como um instrumento de dominação que deve sofrer um escrutínio radical, em suas categorias, princípios, *standards* e lógica para que possa ser utilizado de maneira emancipatória. Em seguida, apresentamos três contrapontos principais a sua obra: críticas feministas antiessencialistas, interseccionais e da agência parcial. Utilizamos essas críticas à obra ampla de MacKinnon para refletir sobre seus escritos específicos sobre aborto, que como parte de sua obra mais ampla, são construídos a partir de suas radicalidades.

Em um segundo momento, tentamos refletir sobre o Brasil à luz das contribuições trazidas pela visão radical do aborto. Primeiro, analisamos a jurisprudência sobre direitos reprodutivos que tem se formado nos últimos anos, bem como a ação que visa descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, pendente de julgamento no STF. Por fim, adotamos o enquadramento radical para propor um argumento brasileiro pró-legalização do aborto na chave da igualdade— o que fizemos através da apresentação de uma *Amica Curiae* Radical.

Entendemos que essa chave de análise traz inúmeras contribuições para o debate. Primeiro, nos convida a olhar para o direito como mecanismo de subordinação, demandando um escrutínio rígido de suas categorias mais profundas, para que possamos buscar soluções emancipatórias. Segundo, opera de forma aderente à realidade vivida por mulheres, atenta a como estruturas de poder confluentes operam na questão do aborto, o que permite a construção de soluções jurídicas com potencial emancipatório. O presente trabalho não tem a pretensão de propor que se entenda o aborto apenas como problema de igualdade ou então de que esse enquadramento é o melhor de todos. Entretanto, esperamos que tenhamos conseguido demonstrar que a dimensão da igualdade existe e há uma importância em se reconhecer isso.

Por fim, temos ainda um último comentário: posicionar o aborto no contexto de problemas estruturais nos diz muito sobre este fenômeno. Faz com que o problema do aborto e sua criminalização apareçam como peças de uma estrutura, e não como problemas pontuais.

Mas, uma outra grande contribuição é o fato de nos dizer muito sobre as próprias estruturas de opressão em todas as suas formas e de trazê-las para o centro do debate.

Quando o presidente da República fala que:

*“O filho começa a ficar assim meio gayzinho, leva um couro, ele muda o comportamento dele. Tá certo?”*⁴⁹⁹

*“90% desses meninos adotados [por um casal gay] vão ser homossexuais e vão ser garotos de programa com toda certeza”*⁵⁰⁰

*“Ele [indígena] devia ir comer um capim ali fora para manter as suas origens”*⁵⁰¹

*“Fui num quilombola [sic] em Eldorado Paulista. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Acho que nem para procriadores servem mais”*⁵⁰²

*“Quem usa cota, no meu entender, está assinando embaixo que é incompetente. Eu não entraria num avião pilotado por um cotista. Nem aceitaria ser operado por um médico cotista”*⁵⁰³

*“A escória do mundo está chegando ao Brasil como se nós não tivéssemos problema demais para resolver”*⁵⁰⁴

*“Foram quatro homens. A quinta eu dei uma fraquejada, e veio uma mulher”*⁵⁰⁵

não o faz (apenas) porque desgosta *pessoalmente* de homossexuais, indígenas e pessoas negras. Ele desgosta desses grupos em termos estruturais. Essas frases do presidente são horríveis e são o sintoma de uma sociedade onde estruturas subordinam grupos. Mas permitem ver como tudo se conecta. O próprio presidente reconhece isso: *“Isso não pode continuar existindo. Tudo é coitadismo. Coitado do negro, coitado da mulher, coitado do gay, coitado do nordestino, coitado do piauiense. Vamos acabar com isso”*⁵⁰⁶

O que ele une sob o guarda-chuva do “coitadismo”, nós unimos sob o guarda-chuva da opressão e da resistência. E isso nos coloca a questão: o aborto pode ser legalizado de inúmeras maneiras e, a partir daí uma jurisprudência se forma. Essa jurisprudência pode fechar ou pode

⁴⁹⁹ Bolsonaro em declaração no programa Participação Popular na TV Câmara, 2010.

⁵⁰⁰ Bolsonaro em entrevista ao programa Agora é Tarde, na Band, em 2012.

⁵⁰¹ Bolsonaro em 2008.

⁵⁰² Bolsonaro em palestra no clube Hebraica do Rio de Janeiro, em 2017.

⁵⁰³ Bolsonaro em entrevista ao programa CQC, da Band, em 2011.

⁵⁰⁴ Bolsonaro em entrevista ao Jornal Opção, de Goiás, em 2015.

⁵⁰⁵ Bolsonaro em palestra no clube Hebraica do Rio de Janeiro, em 2017.

⁵⁰⁶ Bolsonaro em entrevista para a revista Piauí, em 23 de outubro de 2018.

abrir portas. Uma doutrina que reconheça e desafie hierarquias pode ser uma grande aliada na resistência contra problemas que, assim como o aborto, são fruto de assimetrias de poder.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Kathryn. **Sex wars redux**: agency and coercion in feminist legal theory. Columbia Law Review, vol. 95, nº 2, 1995.

ALLEN, Anita L. **The Proposed Equal Protection Fix for Abortion Law**: Reflections on Citizenship, Gender, and the Constitution. 18 HARV. J. L. & PUB, 1995.

ALVES CRUZ, E. **O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa - com apoio dos EUA**. The Intercept Brasil, 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>

BALKIN, Jack M. **The Constitution of Status**. YALE L.J, 106, 1997.

BALKIN, Jack M. (Ed) **What Roe v. Wade Should Have Said**: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision. New York: University Press, 2005.

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero**: Da questão criminal à questão humana. In. DE CAMPOS, Carmen Hein. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Bringing Abortion into the Brazilian Public Debate**: legal Strategies for Anencephalic Pregnancy. In COOK, Rebecca J; ERDMAN, Joanna N; DICKENS, Bernard M (eds). Abortion law in Transnational Perspective. Cases and Controversies. University of Pennsylvania Press, 2014.

BARSTED, Leila. **Legalização e Descriminalização do Aborto no Brasil**: 10 anos de luta feminista, in Estudos Feministas, nº 0, CIEC/ECO/UFRJ, Rio de Janeiro, 1992.

BARSTED, Leila L. **O movimento feminista e a descriminalização do aborto**. Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro, IFCS/UFRJ, vol. 5, nº. 2, 1997.

BARTLETT, Katharine T. **MacKinnon's Feminism**: Power on Whose Terms?, California Law Review, vol. 75, 1987.

BARTLETT, Katharine T. **Feminist Methods**. Harvard Law Review, 1990.

BARTLETT, Katharine T. **Feminism and Economic Inequality**, 35 Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice, 265-287, 2017.

BENDER, Leslie. **Feminist (Re)Torts**: Thoughts on The Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities. DUKA LJ, 1990.

BENHABIB, Sheyla. **Feminismo e pós-modernismo**: uma aliança complicada, in BENHABIB, S; BUTLER, J. CORNELL, D.; FRASER, N. Debates Feministas. Um intercâmbio filosófico. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

BIROLI, Flávia. **Autonomia e justiça no debate sobre aborto**: implicações teóricas e políticas. Rev. Bras. Ciênc. Polít. nº 15, 2014.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades**: Limites da democracia no Brasil. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BOYD, Susan B. **Challenging the public/private divide**: Feminism, law, and public policy. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.025/RJ**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília. Julgado em: 4 de março de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. Julgado em: 27 de abril de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. Julgado em: 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 442**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, petição inicial apresentada pelo PSOL em 26 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510/DF**. Ministro relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 28 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Ministro relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 27 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Ministra relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, protocolado em 8 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Ministro relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 20 de outubro de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 124-126.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil [CF]**, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-lei número 5.452**, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. **Lei número 11.340 de 7 de agosto de 2006 [Lei Maria da Pena]**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Ministro relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de outubro de 2014.

BRASIL. Comarca de Mococa. **Ação Civil n. 10011521-57.2017.8.26.0360**, Juiz: Juiz Djalma Moreira Gomes Junior. Mococa. 27 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade no 5581**. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP. Brasília, DF, 05 de setembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5581/DF**. Relatora: Ministra Carmen Lucia. Brasília. Dje: 05/04/2020.

BRITES, Jurema. **Afeto, Desigualdade e Rebeldia**: bastidores do serviço doméstico. PHD Thesis. Universidade do Rio Grande do Sul/UFRGS, Porto Alegre, 2001.

BRITES, J. **Afeto e desigualdade**: gênero, geração e classe entre empregadas domésticas e seus empregadores. Cad. Pagu nº. 29, Campinas, 2007.

BROWNMILLER, Susan. **Against Our Will**: Men, Women and Rape. New York: Bantam, 1975.

BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. **Left Legalism/Left Critique**. Durham: Duke University Press, 2002.

BUTLER, Cheryl N. **A Critical Race Feminist Perspective on Prostitution & Sex Trafficking in America**. 27 YALE J.L & FEMINISM, 2015.

CAIN, Patricia. **Feminist Jurisprudence**: Grounding the Theories. 4 Berkeley Women's L.J. 191. 1988.

CAIN, Patricia. **Feminism and the limits of equality**. Santa Clara Law Digital Commons, 1989.

CAIN, Patricia. **Feminist Legal Scholarship**. Iowa L. Rev. vol. 19, 1991.

CANADÁ. Suprema Corte. **R. v. Morgentaler**. Judgment nº 19556. 28 janeiro, 1988.

CARBADO, Devon W; HARRIS, Cheryl I. **Intersectionality at 30**: Mapping the margins of anti-essentialism, intersectionality and dominance theory. Harvard Law Review, vol. 132, 2019.

CARNEIRO, Aparecida S. **A Construção do Outro como Não-ser como fundamento do Ser**. São Paulo: FUESP, 2005.

CARRETTO, Glacieri. **A história da menina estuprada que engravidou e foi chamada de “assassina”**, 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/a-historia-da-menina-estuprada-que-engravidou-e-foi-chamada-de-assassina-0820>.

CESARIO ALVIM GOMES, Juliana. **Nas encruzilhadas**: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. REVISTA DIREITO E PRÁXIS, v. 10, p. 414, 2019.

CHAMALLAS, Martha. **The measure of injury**: race, gender and Tort Law, 2010.

CHEN, Chao-Ju. **Catharine MacKinnon and Equality Theory**. In Research Handbook on Feminist Jurisprudence in West, Robin; Grant Bowman, Cynthia. Research Handbook on Feminist Jurisprudence. Edward Elgar, 2019.

CHESLER, Phyllis. **Mothers on trial**. Harvard L. Rev, 1988;

COLKER, Ruth. **The Anti-Subordination Principle**: Applications. Wisconsin Women's Law Journal, 1987.

COLKER, Ruth. **An Equal Protection Analysis of United States Reproductive Health Policy**: Gender, Race, Age, and Class, DUKE L.J. 324, vol. 324 nº.1, 1991.

COLKER, Ruth. **Equality Theory and Reproductive Freedom**, 3 TEX. J. WOMEN & L. vol. 99, 1994.

CONAGHAN, Jane. **Intersectionality and the Feminist Project in Law**. In: Cooper, Davina, ed. Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location. Intersectionality and law, London: Routledge, 2009.

COOK, Rebecca. **Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law**. In. COOK, Rebecca J.; ERDMAN, Joanna N.; DICKENS, Bernard M. Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and controversies. Penn Press, 2014.

COPELON, Rhonda. **From privacy to autonomy**: the conditions for sexual reproductive freedom, in FRIED, M. From abortion to reproductive freedom: transforming a movement, South End Press, 1990.

CORNELL, Drucilla. **The Doubly-Prized World**: Myth, Allegory and the Feminine, Cornell L. Rev, 1990.

CRENSHAW, Kimberlé. **Demarginalizing the intersection of race and sex**: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics, U. Chi. Legal F, 1989.

DALTON, Claire. **An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine**, 94 YALE L..997, 1985.

D'ANGELO, Heloísa; GOMES, Joyce; SANTANA, Bianca. **Maria Mudança e Maria Julieta**. Em: Quatro marias. Uma reportagem em quadrinhos sobre as realidades do aborto no Brasil. TCC. Disponível em: <https://quatromarias.com/quem-somos/>.

DAVIS, Angela. **Racism, Birth Control and Reproductive Rights**, in DAVIS, Angela. Women, Race and Class. London: The Women's Press, 1981.

DELGADO, Richard. **The Ethereal Scholar**: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?. Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review, vol. 22, 1987.

DEL PRIORE, Mary Lucy. **A Árvore e o Fruto**: Um breve ensaio sobre o aborto na história. Revista Bioética, Cons. Fed. Medicina Brasília, vol. 2, nº.1, 1994.

DELATORRE, Babi. **Legalização e Descriminalização do aborto**: qual a diferença? Ou, com qual estratégia o movimento de mulheres deve lutar por seus direitos. Esquerda Diário, São Paulo, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/Legalizacao-e-Descriminalizacao-do-aborto-qual-a-diferenca-Ou-com-qual-estrategia-o-movimento-de>.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; PENTEADO, Taís. **É crime defender um direito fundamental?** O aborto, a revista 'AzMina' e a ministra Damares. Estadão, blog Fausto Macedo, 27 de setembro de 2019.

DINIZ, Debora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. **Aborto e Razão Pública**: o desafio da anencefalia no Brasil. Mandrágora, vol. 13, nº 13, 2007.

DINIZ, Debora. **Arquitetura de uma ação em três atos - Anencefalia no STF**. Direito.UnB, julho vol. 01, nº. 2, 2014.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciênc. Saúde coletiva, vol. 15, 2010.

DWORKIN, Andrea. **Men Possessing Women**. London: The Women's Press, 1981.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Mass, Belknap Press, 1986.

DUBOIS, Ellen C; DUNLAP, Mary C; GILLIGAN, Carol J; MACKINNON, Catharine A; MENKEL-MEADOW, Carrie J; MARCUS, Isabel; SPIEGELMAN, Paul J. **Feminist Discourse, Moral Values, and the Law - A Conversation**, Buff. L. Rev, vol. 34, nº 11, 1985.

EVARISTO, Conceição. **Insubmissas lágrimas de mulheres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Malê, 2016.

EVARISTO, Conceição. **Olhos D'água**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2018.

FERREIRA, Luisa. **Dominação e autonomia na teoria feminista do direito**: a crítica da agência parcial e suas implicações para políticas públicas de enfrentamento da opressão de gênero (manuscrito), 2020.

FINEMAN, Martha. **Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decision making**. HARV. L. REV, 1988.

FINEMAN, Martha; KARPIN, Isabel (Orgs.) **Mothers in law**: Feminist theory and the legal regulation of motherhood. Nova York: Columbia University Press, 1995.

FINLEY, Lucinda M. **The Nature of Domination and the Nature of Women**: Reflections on Feminism Unmodified (review essay), 82 Nw. U. L. Rev. 352, 1988.

FINLEY, Lucinda M. **Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning.** Faculty Scholarship Series, 1989.

FIRESTONE, Shulamith. **The Dialect of Sex.** New York: William Morrow, 1971.

FISS, Owen. **Groups and the equal protection clause.** Philosophy and Public Affairs, vol. 5, nº 2, 1976.

FLAX, Jane. **Thinking Fragments: Psychoanalysis, Feminism and Postmodernism in the Contemporary.** West Berkeley: University of California Press, 1990.

FRASER, Nancy; NICHOLSON, Linda. **Social Criticism Without Philosophy: an Encounter Between Feminism and Postmodernism, in Universal Abandon? The Politics of Postmodernism,** 1988.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law.** 2nd edition. Oxford Press, 2011.

FREDMAN, Sandra. **Substantive equality revisited: a rejoinder to Catharine Mackinnon.** International Journal of Constitutional Law, vol. 14, nº 3, 2016.

FREITAS, Carla. **Maternidade no jogo perverso da vida.** GELEDÉS. 12 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/maternidade-no-jogo-perverso-da-vida/>.

FUSS, Diana. **Essentially Speaking: feminism, Nature & Difference.** Routledge, p. 11, 1989.

GAYFORD, Jasper J. **Wife Battering: A Preliminary Survey of 100 Cases,** 1975.

GELEDÉS. **Terceirização tem ‘cara’: é preta e feminina.** GELEDÉS. São Paulo, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/terceirizacao-tem-cara-e-preta-e-feminina/>.

GELLES, Richard J. **The violent home,** 1972.

GELLES, Richard J. **Family Violence,** 1987.

GINSBURG, Ruth B. **Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade,** 63 N.C. L. Rev. 375, 1985.

Gonzales v. Carhart, 127 S. Ct. 1610, 2007.

GRANT BOWMAN, Cynthia. **Research Handbook on Feminist Jurisprudence.** Edward Elgar, 2019.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. **Before Roe v. Wade. Voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court’s ruling.** Kaplan Publishing, 2012.

GRILLO, Tina. **Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master’s house,** Berkley Women’s L.J, p. 17, 1995.

GROZS, Elizabeth. **Sexual Difference and the Problem of Essentialism in The Essential Differences.** Center for Cultural Studies, vol. 5, 1994.

HALLEY, Janet. **Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism**. Princeton University Press, 2006.

HALLEY, Janet. **Sexuality harassment**. In MACKINNON, Catharine e SIEGEL, Reva (ed). *Directions in Sexual Harassment Law*. New haven: Yale University Press, 2008.

HARDING, Sandra. **Beneath the surface of the abortion debate: are women fully human**, in CALLAHN, S. e CALLAHAN, D (eds) *Abortion: understanding differences*. Plenum, 1984.

HARRIS, Angela P. **Race and essentialism in feminist legal theory**, *Stan.L. Rev.* vol. 42, nº 3, 1990.

HARRIS V. MCRAE, 448 U.S., 297.

HELTON, Anne S; MCFARLANE, Judith; ANDERSON, Elizabeth T. **Battered and Pregnant: A Prevalence Study**. 77 *AM. J. PUB. HEALTH*, 1987.

HENDRICKS, Jennifer S. **Body and Soul: Equality, Pregnancy, and the Unitary Right to Abortion**. College of Law Faculty Scholarship, 2011.

HILBERMAN, Elaine; MUNSON, Kit. **Sixty Battered Woman**. *An International Journal*, 1977-78.

HILL COLLINS, Patricia. **Black feminist Thought. Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment**. 2nd ed. New York: Routledge, 2000.

HOOKS, bell. **Homeplace: A Site of Resistance**, in: *ibid*, *Yearning: Race, Gender and Cultural Politics*, Boston, South End Press, 1990.

HOOKS, bell. **Talking Back: Thinking Feminist, Thinking Black**. South End Press, 1999.

IBGE, 2018. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Divulgação Especial. Mulheres no Mercado de Trabalho. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=downloads>

IYER, Nitya. **Categorical Denials: Equality, Rights and the Shaping of Social Identity**. *Queen's Law Journal*, vol. 19, p. 193, 1993.

JAGGAR, Alison M. **Feminist politics and human nature**. Totowa: Rowman & Allanheld, 1983.

KAPUR, Ratna. **The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics**. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, nº 1, 2002.

KARST, Kenneth L. **Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment**, 91 *Harvard Law Review*, 1977.

KARST, Kenneth L. **Woman's Constitution**. *Duke Law Journal*, 1984.

KARST, Kenneth. **Belonging to America: Equal citizenship and the constitution**, 1989.

KENNEDY, Duncan. **Legal Education as training for hierarchy**, in: The Politics of Law: a Progressive critique. D-Kairys ed, 1982.

LABRONICI, Liliana M; TRIGUEIRO, Tatiane H; RAIMONDO, Maria Lúcia; FEGADOLI, Débora; BATISTA, Janete Maria da Silva. **A redescoberta da maternidade por mulheres vítimas de violência doméstica**: uma possibilidade existencial. Cogitare Enferm, 2010.

LAW, Sylvia. **Rethinking Sex and the Constitution**. 132 U. PENN. L. REV. 955, 1984.

LAW, Sylvia A. **In defense of liberal feminism**. In Research Handbook on Feminist Jurisprudence in West, Robin; Grant Bowman, Cynthia. Research Handbook on Feminist Jurisprudence. Edward Elgar Pub, 2019.

LAWRENCE III, Charles R. **The Id, the Ego, and Equal Protection**: Reckoning with Unconscious Racism, 39 STAN. L. REV. 317, vol. 319, 1987.

LIMA, Gleyma. **Criminalizar o aborto não protege vidas, nem salva almas**. Huffpost Brasil, 18 de janeiro 2016. Disponível em: http://www.brasilpost.com.br/gleyma-lima/pelodireito-de-decidir_b_8847950.html.

LITTLETON, Christine. **Feminist Jurisprudence**: The Difference Method Makes. Stanford Law Review, vol. 41, nº. 3, 1989.

LORDE, Audre. **Age, race, Class and Sex**: Woman Redefining Difference, in Sister Outsider, 1984.

LUGONES, María. **Toward a Decolonial Feminism**. Hypatia, vol. 25, nº. 4, 2010.

LUNARDI, Soraya. **O Direito é Masculino**. Estadão, 17 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/ColetivoFeminista/photos/o-direito-%C3%A9-masculinoartigo-no-estad%C3%A3o-por-soraya-lunardi-professora-de-direito-/1047192741980999/>.

LUNARDI, Soraya; DIMOULIS, Dimitri. **O caso da gravidez indesejada**: dilemas éticos e jurídicos sobre o aborto. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

LUKER, Kristin. **Taking Chances**: Abortion and the Decision Not to Contracept. Berkley: University of California Press, 1975.

LUKER, Kristin. **Contraceptive Risk Taking and Abortion**: Results and implications of a San Francisco Bay Area Study. Studies in Family Planning, vol. 8, nº. 8, 1977.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. **Constitucionalização do aborto no Brasil**: uma análise a partir do caso da gravidez anencefálica. Rev. de Investigações Constitucionais, vol. 5, nº 3, 2019.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MACIEL, Débora A. **The Battle Over Abortion Right's in Brazil's State**. Arenas, Health and Human Rights Journal, v. 19, 2017.

MACKENZIE, Mia. **“How can White Women Include Women of Colour in Feminism?” Is a Bad Question. Here's Why**. 2015. Disponível em: <http://www.blackgirldangerous.com/2015/09/how-can-white-women-include-women-color/>.

- MACKINNON, Catharine A. **Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination**. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1979.
- MACKINNON, Catharine A. **Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence in The Canon of American Legal Thought**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, p. 1983.
- MACKINNON, Catharine A. **Roe v. Wade: A Study in Male Ideology**. 1984.
- MACKINNON, Catharine A. **Feminism Unmodified**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1987.
- MACKINNON, Catharine A. **Toward a Feminist Theory Of The State**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1989.
- MACKINNON, Catharine A. **Reflections on Sex Equality under Law**. Yale L.J. 100, 1991.
- MACKINNON, Catharine A. **Points against Postmodernism**. L. Rev. 687, 2000.
- MACKINNON, Catharine A. **Women's lives, Man's Laws**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.
- MACKINNON, Catharine A. **Sex Equality**. 2nd edition. New York: Foundation Press, 2007.
- MACKINNON, Catharine A. **Gender in Constitutions**. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 397, 2012.
- MACKINNON, Catharine A. **Intersectionality as method: a note**. Signe, vol. 36, n° 4, 2013.
- MACKINNON, Catharine A. **Substantive equality revisited: a reply to Sandra Fredman**. International Journal of Constitutional Law, vol. 14, n° 3, 2016.
- MACKINNON, Catharine A; CRENSHAW, Kimberlé W. **Reconstituting the Future: An Equality Amendment**. The YALE L.J., vol. 129, 2019.
- MAHONEY, Martha. **Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation**. 90 Mich. L. Rev, p. 41, 1991.
- MAHONEY, Martha. **Whiteness and Women, in Practice and Theory: A Reply to Catharine A. MacKinnon**. 5 YALE J. L. & FEMINISM 217, 1993.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. **The Critical Legal Studies Movement**. Harvard Law Review, vol. 96, n°. 3, 1983.
- MARCUS, Sharon. **Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory of Politics and Rape prevention in Feminists Theorize the political** 1992.
- MARTINS, Juliana. **Mulheres de maternidade impedida**. São Paulo: Com-Arte, 2018.
- MARX, Karl. **Theses on Feuerbach (XI Thesis)**, in Marx and Engels: basic Writings on Politics and Philosophy, 1959.

MATSUDA, Mary J. **Public Response to Racist Speech**: Considering the Victim's Story, 87 Mich. L. Rev. 2320, 1989.

MILLETT, Kate. **Sexual Politics**. Garden City, New York: Doubleday, 1970.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Estupro bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos**. Março de 2020. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2020/03/233/ESTATISTICAS-Estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao-meninas-de-ate-13-anos.html>.

MINOW, Martha. **Feminist Reason**: Getting It and Losing It. Journal of Legal Education, vol. 38, n°. 1/2, 1988.

MOREIRA, Adilson J. **Pensando como um negro**: Ensaio de Hermenêutica Jurídica. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MÜLLER, Tânia M P. CARDOSO, Lourenço (orgs). **Branquitude**: Estudos sobre a identidade branca no Brasil. Curitiba: Appris Editora, 2017.

NUSSBAUM, Martha. **The Professor of Parody**. NEW REPUBLIC, 1999.

OKIN, Susan M. **Gênero, o público e o privado**. Rev. Estud. Fem. vol. 16, n° 2, Florianópolis, 2008.

OLSEN, Frances. **Feminist Theory in Grand Style**. Columbia Law Review, vol. 89, n° 5, 1989.

OLSEN, Frances. **Feminism and Critical Legal Theory**: an American Perspective. International Journal of the Sociology of Law, vol. 18, 1990.

OLSEN, Frances. **Constitutional Law**: feminist critiques of the Public/Private Distinction. Constitutional Commentary, 1993.

PACHUKANIS, Evgeni B. **Teoria geral do direito e marxismo: exame crítico dos conceitos jurídicos básicos**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAIVA, Lívia M; SABADELL, Ana Lucia. **O crime de estupro à luz da epistemologia feminista**: um estudo de casos no STF. Delicatae, vol. 3, n° 4, 2018.

PATEMAN, Carole. **Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy**, in: BENN, Stanley I., and GAUS, Gerald F. (eds.). Public and Private in Social Life. London: Croom Helm, 1983.

PENTEADO, Taís. **Uma leitura crítica da ADPF 54 a partir de perspectivas feministas**. Iniciação Científica, 2016.

PENTEADO, Taís. **Love and hierarchy**: a critical view on affectivity in domestic work relations and on how Brazil's recent changes in regulation have (not) dealt with this matter, 2016 (não publicado).

PENTEADO, Taís; DIMOULIS, Dimitri. **O que podemos aprender com os ataques governamentais ao aborto legal? Não existe conflito de direitos entre a gestante e o feto**.

Jota, 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-podemos-aprender-com-os-ataques-governamentais-ao-aborto-legal-16062020>.

PENTEADO, Taís. **The abortion Jurisprudence in Brazil**: an analysis of ADPF 54 from feminist equality-based perspectives. *International Journal of Constitutional Law*, 2021. No prelo.

PETCHESKY, Rosalind. **Abortion as “Violence Against Women”**: A Feminist Critique. *Radical Am.*, 1984.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.

PÜSCHEL, Flávia P. **A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice**. *Rev. Direito GV Online*, v. 16, 2020.

REAUME, Denise G. **What’s Distinctive About Feminist Analysis of Law?: A Conceptual Analysis of Women’s Exclusion from Law**. *Legal Theory*, vol. 2, 1996.

RHODE, Deborah. **Feminist Critical Theories**, 42 *Stan. L. Rev.*, 1990.

RICH, Adrienne. **Of Woman Born**: Motherhood As Experience and Institution. New York: Norton, 1976.

RODIGUEZ, José Rodrigo. **Dogmática Jurídica**. Em NOBRE, Marcos. *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papyrus, 3 Ed, 2013.

ROE V. WADE, 410, U.S 113 (1973).

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**: Can Courts Bring About Social Change?, 1991.

ROSS, Andrew. **Politics without pleasure**, YALE J.L, 1988.

ROSS, Loretta. **Raising our voices**. In. FRIED, M. *From abortion to reproductive freedom: transforming a movement*. South End Press, 1990.

ROSS, Loretta; ROBERTS, Lynn; DERKAS, Erika; PEOPLES, Whitney; BRIDGEWATER, Pamela. **Radical Reproductive Justice**: Foundation, Theory, Practice, Critique. The Feminist Press at CUNY, 2017.

ROSS, Loretta. **Conceptualizing Reproductive Justice Theory**: A Manifesto for activism. In ROSS, Loretta; ROBERTS, Lynn; DERKAS, Erika; PEOPLES, Whitney; BRIDGEWATER, Pamela. *Radical Reproductive Justice: Foundation, Theory, Practice, Critique*. The Feminist Press at CUNY, 2017.

RUBIN, Gayle. **Thinking Sex**: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality, in VANCE, C (ed) *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, 1992.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. **Constitucionalidade, moralidade e tratamento penal do aborto**. In: Ingo Wolfgang Sarlet; George Salomão Leite. (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. 1ed. São Paulo: Método, vol. 1, 2008.

- SANTOS, Boaventura S. **Pelas Mãos de Alice**. O Social e o Político na Pós-Modernidade. 7ª. Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.
- SCALES, Ann. **Towards a Feminist Jurisprudence**, 56 Ind. L.J. 375, 435, 1981.
- SCAVONE, Lucila. **Políticas feministas do aborto**. Rev. Estad. Fem., Florianópolis, v. 16, nº 2, 2008.
- SCHNEIDER, Elizabeth M. **The Dialectic of Rights and Politics**: Perspectives from the Women's movement. 61 NYU L. Rev, p. 591, 1986.
- SCHNEIDER, Elizabeth M. **Gendering and Engendering Process**. 61 U. Cin. L. Rev. 1223, 1992-1993.
- SCHNEIDER, Elizabeth M. **The Synergy of Equality and Privacy in Women's Rights**. U. CHI. LEGAL F. 137, 2002.
- SIEGEL, Reva B. **Reasoning from the Body**: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection, 44 Stan. L. Rev. 261, 1992.
- SIEGEL, Reva B. **Why Equal Protection No Longer Protects**, Stan. L. Rev, 1997.
- SIEGEL, Reva B. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change**: The Case of the De Facto ERA, 94 CALIF. L. REV 1323, 2006.
- SIEGEL, Reva B. **Abortion as a Sex Equality Right**: Its Basis in Feminist Theory. In: SIEGEL, Reva B. Sex Equality Arguments for Reproductive Rights. Emory Law Journal, vol. 56, nº 4, 2007.
- SIEGEL, Reva B. **The Right's Reasons**: Constitutional Conflict and the Spread of Women Protective Antiabortion Argument. Duke Law Journal, 2008.
- SIEGEL, Reva B. **Dignity and the politics of protection**: abortion restrictions under Casey/Carhart. The Yale Law Journal, nº. 117, 2008.
- SMITH, Patricia. **Feminist Jurisprudence**. In: PETTERSON, Dennis (ed.) A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Wiley-Blackwell, 2010.
- SMITH, Ben. **Intersectional Discrimination and Substantive Equality**: A Comparative and Theoretical Perspective. The Equal Rights Review, vol. 16, 2016.
- SUNSTEIN, Cass. **Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)**. Columbia Law Review. vol. 92, nº. 1, 1992.
- TORRES, Gerald. **Sex Lex**: Creating a Discourse. 46 TULSA L. REV. 45, p. 55, 2010.
- TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 2. Ed. Foundation Press, 1988.
- TRUTH, Sojourner. **Ain't I a Woman?** Women's Convention in Akron, Ohio, 1851.

UNICESUMAR. **Mulheres no mercado de trabalho: como é a situação atual?** São Paulo, 29 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/blog/mulheres-no-mercado-de-trabalho/>.

UPRIMNY, Rodrigo; SÁNCHEZ, Luz María. **Três décadas de transformações constitucionais na América Latina:** Balanços e Perspectivas. Transformação Constitucional e Democracia na América Latina, FGV Direito SP, 2017._

VANCE, Carole S. **Pleasure and Danger:** Toward a Politics of Sexuality in VANCE, Carol S (ed) **Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality**, 1992.

WALKER, Leonore E A. **The Battered Woman Syndrome**, 1984.

WEST, Robin. **The difference in women's hedonic lives:** a phenomenological critique of feminist legal theory. *Women's L.J.*, vol. 81, 1987.

WEST, Robin. **Jurisprudence and Gender.** *U. Chi. L. Rev.* 1, 1988.

WEST, Robin. **Feminism, Critical Social Theory and Law.** *U. Chi. Legal*, 1989.

WEST, Robin. **The Harms of Consensual Sex, in The Philosophy of Sex** in abud. *Sexual Morality.* American Philosophical Association, vol. 94, 1995.

WEST, Robin. **From Choice to Reproductive Justice:** De-Constitutionalizing Abortion Rights. *Yale Law Journal* 118, 2009.

WEST, Robin. **Women in the Legal Academy:** A Brief History of Feminist Legal Theory, 87 *Fordham L. Rev.* 977, 2018.

WEST, Robin. **Introduction to the Research Handbook on Feminist Jurisprudence**, in West, Robin; Grant Bowman, Cynthia. *Research Handbook on Feminist Jurisprudence.* Edward Elgar, 2019.

WESTEN, Peter. **Speaking of Equality:** An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse. Princeton: Princeton University Press, 1990.

WILLIAMS, Wendy. **Equality's Riddle:** Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate. *New York University Review of Law and Social Change* 13, 1984-1985.

WONG, Jane. **The Anti-Essentialism v. Essentialism Debate in Feminist Legal Theory:** The Debate and Beyond. *Mary J. Women & L.* 273, vol. 5, 1999.

YOUNG, Iris M. **House and Home:** Feminist Variations on a Theme, in: *ibid*, *Interescting Voices.* Dilemmas of gender, political philosophy, and policy. Princeton University Press, 1997.

ZIEGLER, Mary. **Beyond Abortion:** *Roe v. Wade* and the battle for privacy. Harvard University Press, 2018.

