

# DESIGUALDADE E O MITO DA IMPARCIALIDADE: A (RE)PRODUÇÃO DOS DISCURSOS DE GÊNERO NA ADPF 54

## INEQUALITY AND MYTH OF FAIRNESS: THE (RE)PRODUCTION OF GENDER DISCOURSE AT ADPF 54

ANA RIGHI CENCI<sup>1</sup>

Recebido em: 07/04/2011

Aprovado em: 06/10/2011

### RESUMO

Os discursos jurídicos institucionalizam o “lugar social” de homens e mulheres, assegurando a dominação masculina através da violência simbólica, que impede os sujeitos de questionar a legitimidade da atribuição de determinado papel. A criminalização do aborto, sobretudo, no caso de anencefalia fetal, está respaldada em argumentos estritamente morais e afronta muitos dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira. As manifestações da desigualdade de gênero no âmbito do Poder Judiciário, especificamente no que diz respeito à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, são o foco deste artigo. A referida ação questionou, em 2004, junto ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de fetos anencefálicos, e seu processamento exemplifica a adoção, pela legislação brasileira, da oposição binária entre os sexos, baseada na ideia, implícita, de que há uma oposição universal entre homens e mulheres, forjada em diferenças meramente corporais. A construção da igualdade de gênero exige que os argumentos justificadores da violência simbólica e da dominação masculina sejam explicitados, passando da esfera da inconsciência coletiva a um lugar no qual possam ser profundamente conhecidos, questionados e, finalmente, superados.

**Palavras-chave:** Aborto; Anencefalia; Violência simbólica; Discurso judiciário.

### ABSTRACT

*The judicial discourse institutionalizes the “social location” of men and women, ensuring male dominance through symbolic violence, which prevents the people of questioning the legitimacy of the assignment role. The abortion criminalization, especially in cases of fetal anencephaly, is supported by arguments strictly moral and affronts many of the fundamental rights guaranteed by the Brazilian Constitution. The manifestations of gender inequality in the Judiciary, specifically with respect to Allegation of Breach of Fundamental Precept n.º54, are the focus of this article. This action questioned, in 2004, on Supreme Court, the possibility of therapeutic advance of delivery in cases of fetal anencephaly and the processing exemplifies the adoption, by Brazilian legislation, of the binary opposition between the sexes, based on the idea, implied, that there is a universal opposition between men and women, forged in mere bodily differences. The construction of gender equality requires that the arguments that justify the symbolic violence and male dominance are explained, going from the collective unconscious sphere to a place where they can be deeply known, questioned and, ultimately, overcome.*

**Keywords:** Abortion; Anencephaly; Symbolic violence; Judicial discourse.

<sup>1</sup> Acadêmica dos cursos de graduação em Direito e Sociologia da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). E-mail: anarc1@gmail.com

## 1 Introdução

Embora existam diversos mecanismos de proteção da mulher frente às situações de violência física e psicológica, o modo de violência que parece imperar na sociedade contemporânea – e contra a qual não se vislumbram meios rápidos e eficazes de enfrentamento – é aquele que Pierre Bourdieu convencionou chamar de *violência simbólica*. O aparecimento da desigualdade de gênero nos discursos judiciários é um exemplo da manifestação dessa violência (seja no texto legal, seja nas decisões judiciais – que nada mais são do que *interpretações* legais) e, nos últimos anos, pode ser vislumbrada na discussão, pela mais importante instituição jurídica do Brasil, acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de fetos anencéfalos.

Atualmente, a legislação penal brasileira tipifica a prática do aborto no Código Penal (artigos 124, 126 e 128)<sup>2</sup>, excluindo a possibilidade de punição dessa conduta apenas nas hipóteses de risco à saúde da gestante ou de gravidez resultante de estupro, casos em que deverá haver o prévio consentimento da mulher para a realização do aborto (art. 128, I e II). A alteração do teor destes dispositivos foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), protocolada no Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2004. O pedido da confederação consiste na adoção, pelo STF,

do entendimento de que a antecipação terapêutica do parto, nos casos de anencefalia, não configura o aborto – já que a vida do nascituro, bem jurídico que a legislação penal pretende tutelar, não existe, uma vez que o feto está fadado à morte tão logo passe à vida extrauterina. Por esta razão, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, de acordo com o que requer a CNTS, não deveria constar na legislação penal, tomando por base uma interpretação jurídica respaldada na Constituição Federal brasileira, sobretudo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da vida e da liberdade.

Tal cenário, é importante destacar, põe em cheque a ideia tradicional de imparcialidade do discurso jurídico, à medida que traz à tona uma série de debates intrinsecamente relacionados à desigualdade de gênero, evidenciando, inclusive, a violência implícita neste contexto. Assim, a análise da postura do Supremo Tribunal Federal frente aos conflitos de gênero é fundamental para verificar as possibilidades de respeito às diferenças – e, portanto, do regime democrático –, bem como as dificuldades do exercício da igualdade (em todos os sentidos, inclusive de gênero) em nosso país.

## 2 Objetivos

Este artigo pretende discutir a desigualdade de gênero relacionada aos discursos jurídicos, especificamente com relação ao tema do aborto de fetos anencéfalos,

<sup>2</sup> A legislação penal brasileira, nos artigos mencionados, dispõe:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

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

**Aborto necessário**

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

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

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

liminarmente julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Propondo uma leitura que mescla conceitos jurídicos e sociológicos, a intenção é refletir sobre o conceito de gênero, as relações de poder e de dominação que asseguram a manutenção das desigualdades sexistas e, finalmente, sobre as percepções de gênero adotadas, ainda que inconscientemente, pelo Poder Judiciário brasileiro que acabam, cotidianamente, intervindo verticalmente na vida dos brasileiros, dissimuladas pelo manto da neutralidade.

### 3 Método de pesquisa

A metodologia utilizada é, em síntese, a pesquisa bibliográfica e documental, consistente na leitura de artigos científicos que versam sobre a temática abordada, bem como notícias e textos de opinião veiculados à época do julgamento liminar da ADPF nº 54. Além disso, utiliza-se a análise das peças processuais que integram a referida decisão: a petição inicial ajuizada pelo advogado e importante escritor brasileiro Luiz Roberto Barroso, a decisão proferida pelo ministro Marco Aurélio Mello (que, em um primeiro momento, deferiu o pedido da CTPS) e os votos dos demais ministros, que, posteriormente, cassaram sua decisão, fazendo com que a antecipação terapêutica do parto, nos casos de anencefalia fetal, permanesse no rol de condutas criminalmente tipificadas no Brasil.

Este artigo propõe uma análise qualitativa do objeto de pesquisa, razão pela qual é imprescindível que se reconheçam pressupostos anteriores à pesquisa, bem como a influência que eles, invariavelmente, exercerão sobre o estudo e sobre seus resultados. Parte-se da ideia preliminar de que *existe* uma dominação masculina implícita – senão bem evidente – na sociedade contemporânea, nos termos referidos por Pierre Bourdieu. Tal pressuposto, logicamente, poderia ser questionado por quem não compartilha do mesmo ponto de vista.

A abordagem através da pesquisa qualitativa, extremamente cara às ciências sociais, não significa, como comumente querem fazer crer os adeptos às pesquisas de caráter estritamente quantitativo e de viés positivista, qualquer “perda de cientificidade”.

O objeto da pesquisa social qualitativa – neste caso, a abordagem da desigualdade de gênero e da imparcialidade dos discursos judiciais – é, genuinamente, distinto das ciências naturais, razão pela qual é inútil qualquer tentativa de tornar a hipótese de pesquisa representativa de situações semelhantes, buscar objetivar seus resultados ou generalizar suas conclusões, uma vez que o objeto de pesquisa é singular e as reflexões produzidas se aplicam a ele unicamente.

Assim, não cabe ao cientista social dissimular os pressupostos a partir dos quais elabora seu trabalho, mas sim explicitá-los (afinal, invariavelmente eles existem), para que o leitor da pesquisa possa fazer a interpretação mais adequada possível. Tal postura garante o rigor científico e metodológico da pesquisa, o que é, inclusive, de suma relevância para a temática do *gênero*, por se tratar de um assunto que emerge dos movimentos sociais – e não da academia<sup>2</sup>. Nesse sentido, garantir o estudo *científico* e *acadêmico* dos conceitos atrelados às relações de gênero é fundamental para a compreensão dos conflitos sociais pautados por essa condição, bem como para a disseminação de uma cultura igualitária.

Heloísa Helena Martins (2004, p. 296) afirma que as ciências sociais, através da pesquisa, possuem a função essencial de fornecer um conhecimento que colabore com os sujeitos, possibilitando:

se fortalecerem enquanto sujeitos autônomos, capazes de elaborar o seu projeto de classe. Autonomia dos sujeitos pressupõe a liberdade no uso da razão. O papel dos cientistas deve ser, portanto, o de fornecer um conhecimento que ajude o

outro a se fortalecer como sujeito autônomo capaz de elaborar seu próprio projeto político.

Este texto possui, portanto, o intuito de ser autêntico, propondo uma reflexão acadêmica sobre um assunto até então pouco tratado – a postura do Poder Judiciário brasileiro frente aos conflitos decorrentes da desigualdade de gênero – e, ao mesmo tempo, ser útil em termos práticos, possibilitando a explicitação de comportamentos pouco notados, mas que influenciam direta e intensamente a vida dos brasileiros, sobretudo das brasileiras.

#### 4 A anencefalia fetal e a legislação penal contemporânea

A anencefalia, argumento utilizado pelos propositores da ADPF n° 54 para justificar a descaracterização do crime de aborto no caso de antecipação do parto, caracteriza-se pela ocorrência de distúrbios na formação do tubo neural do feto, que não se fecha, ocasionando a exposição do cérebro e a sua posterior decomposição, em razão do contato direto com o líquido amniótico.

Tal distúrbio ocorre entre o 23° e 28° dias de gestação e pode ser rapidamente diagnosticado. O feto portador de anencefalia não possui qualquer possibilidade de sobreviver à vida extrauterina e, por isso, observando-se critérios biológicos e médicos, não haveria sentido em prolongar a gestação, uma vez que esta culminaria, invariavelmente, na expulsão de uma criança morta ou, no máximo, com sobrevivência limitada a poucas horas ou dias.

A professora e médica Maria Lúcia F. Penna afirma que, no Brasil, não há controvérsia, nos conselhos de medicina, acerca da inocorrência de *vida* nos fetos anencefálicos e que, conseqüentemente, não haveria qualquer óbice (ou agressão à vida) na interrupção voluntária da gravidez. Esclarece:

[...] a *morte da pessoa corresponde à impossibilidade de retorno da consciência*. Sabe-se que o sistema ativador reticular ascendente – que, embora não se restrinja ao tronco cerebral, envolve grandes porções da formação reticular do tronco – é responsável pela ativação do córtex cerebral que mantém o estado de consciência (ZEMAN, 2001). Lesões irreversíveis do tronco cerebral impossibilitam, desse modo, o retorno da consciência, devido à ausência de ativação do córtex. *A ausência irreversível do córtex corresponde à mesma perda funcional em termos da consciência humana*. [...] *O feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica* (PENNA, 2005, p. 100, grifo nosso).

É preciso esclarecer que a criminalização de uma conduta possui, evidentemente, um objetivo social, ou seja, tenciona *proteger* um valor considerado relevante pelo contexto cultural e pelos documentos instituídos pelo Estado em se tratando de uma sociedade democrática (mesmo as sociedades em que a democracia se limita ao aspecto formal e representativo). A priorização de alguns valores, em detrimento de outros, decorre de escolhas historicamente realizadas, dentre as quais, para o tema em análise, destaca-se a opção do Estado brasileiro pela laicidade, o que implica conferir tratamento *igual* a todas as pessoas, considerando que as mesmas são, *a priori*, *livres* para fazer tudo o que a lei não os proíba.

Nesse sentido, deve-se questionar qual o *sentido* da penalização da interrupção voluntária da gestação nos casos de anencefalia fetal, uma vez que a pretensão dos dispositivos penais que criminalizam a prática do aborto é *proteger a vida do nascituro*, que, potencialmente, tornar-se-á sujeito de direito, tão logo saia do útero materno. As hipóteses de exclusão da ilicitude da prática abortiva cingem-se aos casos em que a gestação representa significativo risco à vida da gestante (aborto

terapêutico) e quando a gestação é decorrente de estupro (aborto humanitário). Frise-se que, em ambas as situações, o consentimento – *a vontade, a escolha* – da gestante é indispensável, e o fundamento jurídico para a permissão do aborto são os direitos à vida (da gestante) e à dignidade humana, que é invariavelmente afetada na situação de estupro, por exemplo.

Ao mesmo tempo em que a norma penal protege um determinado valor, no entanto, limita o direito do indivíduo que por ela é punido. No caso, o que se restringe, ao defender a vida do nascituro, é a liberdade da mulher. Discutir o que é a liberdade não é objeto deste trabalho; contudo, parece consensual que esse é um valor imprescindível e especialmente relevante em qualquer estado democrático – como é o caso brasileiro –, de modo que as restrições à liberdade devem ser excepcionais e muito bem justificadas.

Nesse sentido, verifica-se que a legislação penal brasileira, embora bastante conservadora e anterior à Constituição Federal vigente (o Código Penal brasileiro data de 1940), já optou, diante da existência de conflito de importantes bens jurídicos (“direito do nascituro à vida x direito à vida da gestante” ou “direito do nascituro à vida x dignidade e liberdade da gestante”) por proteger a mulher.

A anencefalia fetal não apresenta, portanto, um novo conflito principiológico ao legislador ou ao operador jurídico, já que se trata, novamente, do conflito entre os direitos à vida do nascituro – segundo os que defendem a criminalização do aborto de fetos anencéfalos – e a liberdade de escolha da mulher. O que há de novidade nesse contexto é o fato de que a vida potencial do nascituro, fora do ventre materno, não existe – e isso não decorre de opinião ou de ideologia, mas do simples fato de que a ciência, no grau de especialização em que se encontra atualmente, já é capaz de prever

determinados acontecimentos com um significativo grau de certeza. O que muda, portanto, é a situação na qual o conflito de valores se manifesta, já que, assim como a gravidez que é resultante de estupro ou aquela que condena ao sofrimento degradante, a gestação de feto anencéfalo *pode* afrontar a dignidade da gestante, já que a mesma é *obrigada* (devido à penalização do aborto) a gestar, durante nove meses, um feto que, decorrido este período, estará morto (se já não o estiver durante a gestação, conforme o conceito de Penna, suprarreferido).

Na doutrina jurídica, a criminalização da prática do aborto não é consensual, afinal, como já mencionado na introdução deste artigo, os posicionamentos judiciais são *interpretações* legais, já que a lei não possui vida própria e um sentido inerente e unívoco. Há, portanto, quem compreenda que a interrupção da gestação de feto anencefálico, já pela atual legislação vigente, não configura o crime de aborto. É o que afirma, por exemplo, Guilherme de Souza Nucci, ao esmiuçar os sentidos das excludentes de ilicitude previstas no art. 128 do Código Penal:

*Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe. [...] Preferimos acreditar que a lei penal, ao punir o aborto, busca proteger a vida humana, porém a vida útil e viável, não exigindo que a mãe carregue em seu ventre por nove meses um feto que, logo ao nascer, dure algumas horas e finde a sua existência efêmera, por total impossibilidade de sobrevivência na medida em que não possui a abóbada craniana, algo vital para a continuidade da vida fora do útero. O anencéfalo não é protegido pelo direito penal, que se volta à viabilidade do feto e não simplesmente à sua existência física (NUCCI, 2009, p. 630-632, grifo nosso).*

A interpretação de Guilherme Nucci traz como consequência a ideia de que a possibilidade, ou não, da interrupção da gestação nos casos de anencefalia não consiste, portanto, em um conflito jurídico propriamente dito, uma vez que não há qualquer valor relevante para o Estado (enquanto *locus* que condensa uma série de consensos sociais) – e, portanto, para a preservação dos laços de solidariedade social – a ser protegido às custas da privação da liberdade de escolha da mulher. Logo, não sendo uma posição cabível nos parâmetros laicos do Estado brasileiro (a de que a mulher *deve* gestar um feto que, logo após o parto, falecerá), os interesses envolvidos nessa discussão são, certamente, de outra ordem. Destacam-se, entre os argumentos levantados, os de cunho moral ou religioso, sendo estes legítimos para quem neles acredita, mas não sendo consensuais para paular a legislação de um Estado democrático.

Interessante notar, nesse sentido, que, mesmo em um Estado laico, argumentos religiosos interferem diretamente nas normas estatais (tanto na sua elaboração quanto na sua aplicação) que dizem respeito à liberdade individual. A legislação penal não possui, desse modo, qualquer interesse, legitimamente reconhecido, de proibir a prática do aborto de fetos anencefálicos, considerando a inexistência de qualquer bem jurídico – a vida, especialmente – justificador dessa vedação.

### 5 Gênero e Violência Simbólica: a desigualdade implícita nos discursos judiciais

A noção de gênero utilizada nesta discussão extrapola a ideia de “oposição binária universal”, ou seja, uma noção a-histórica, estanque, fixada tradicional e permanentemente na simbologia “homem x mu-

lher”. Scott (1995, p. 84), ao definir tal conceito, explicita a necessidade de “rejeição do caráter fixo e permanente da oposição binária, de uma historicização e de uma desconstrução genuínas dos termos da diferença sexual”. O termo *gênero*, segundo a autora, deve ser percebido como categoria de análise histórica, sendo, concomitantemente, um “elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos” (SCOTT, 1995, p. 84) e uma forma de atribuir significados às relações de poder. É a dimensão que se deve ter ao discutir quaisquer alterações legais que tangenciem diretamente a vida das mulheres (especialmente das mulheres, pelo fato de que assumem, em uma visão binária, o papel de *objeto*).

Nessa perspectiva, entre os elementos que Scott (1995) elenca como sendo integrantes da categoria *gênero*<sup>3</sup>, há dois que, para este trabalho, merecem especial atenção. O primeiro deles refere-se aos “conceitos normativos que expressam interpretações dos significados dos símbolos” (nesse caso, ênfase para os conceitos jurídicos) e que, em regra, tomam a forma de oposições binárias fixas, afirmando de “maneira categórica e inequívoca o significado do homem e da mulher, do masculino e do feminino”. O segundo elemento a ser considerado na análise da categoria *gênero*, especificamente neste estudo, relaciona-se ao aspecto político e às relações sociais de poder envolvidas nessa discussão, relacionado a instituições e organizações sociais, cuja correta compreensão depende do total abandono (mas da correta compreensão) da representação binária do gênero.

A legislação brasileira, objeto simbólico extremamente rico, evidencia, em muitos de seus conteúdos, a oposição binária de gênero criticada por Scott (1995), o que significa, conseqüentemente, que essa

<sup>3</sup> Jean Scott (1995, p. 75), ao analisar o termo gênero e estudar suas origens, refere que, situado em uma conjuntura de debates genuinamente sociais, o conceito é um dos aspectos “daquilo que se poderia chamar de busca de legitimidade acadêmica para os estudos feministas, nos anos 80”.

ideia encontra-se impregnada (ainda que sutilmente) nas questões institucionais do Estado brasileiro e nas diferenciações construídas pela *lei* a partir da oposição “homem x mulher”. Assim, mesmo a igualdade formal, assegurada pelos textos legais (com ênfase para a Constituição Federal), se confrontada à temática do gênero, dissolve-se, frente, por exemplo, a obrigações legalmente impostas em decorrência das diferenças biológicas corporais, já que a mulher é *obrigada*, por exemplo, a suportar a gestação do feto, *independente de sua vontade*, pelo simples fato de que é o corpo feminino que possui a capacidade física exclusiva de gestar.

As normas jurídicas estatais constituem um pilar imprescindível da organização política, social e econômica em uma determinada sociedade. Por esse motivo, os textos legais, ao diferenciarem mulheres e homens e ao tratá-los de maneira *desigual* (não apenas diferente) não produzem apenas um problema formal, mas condicionam, na realidade brasileira, o *papel* das mulheres e o *papel* dos homens, a partir das *formas* que impõem às experiências dos sujeitos e do simbolismo da linguagem, que constrói e reforça, permanentemente, a identidade individual e coletiva. Isso porque a incorporação, pela legislação, da desigualdade de gênero, institucionaliza esse paradigma e lhe confere ar de verdade inquestionável – ainda que não o seja, o problema é que *parece*.

É importante destacar que esse tratamento desigual não decorre apenas da diferença entre *sexos* - embora existam autores que atribuam à dimensão sexual uma grande relevância na sociedade contemporânea, afirmando que, especialmente para as mulheres, a questão sexual e corporal toma contornos autênticos –, a exemplo de Alain Touraine (2007), mas sim da representação simbólica culturalmente criada a partir das desigualdades entre homens e mulheres e do *lugar social* ocupado por cada

um (sendo a perspectiva sexual apenas o ponto de partida para a construção desse entendimento).

Os textos jurídicos, assim, partem de uma falsa ideia de imparcialidade, uma vez que inúmeras ideologias historicamente desenvolvidas encontram-se dissimuladas e, além disso, são reproduzidas através desses *discursos*. Pierre Bourdieu (1995), em *A dominação masculina*, enfatiza que, para que se percebam as diferenças decorrentes das relações pautadas pelo gênero, há necessidade de uma espécie de estranhamento para com aquilo que, cotidianamente, é tido como natural. Embora o confronto de modos de vida diferentes seja, comumente, capaz de evidenciar as arbitrariedades existentes nas “escolhas naturalizadas” de uma determinada tradição (demonstrando que fenômenos sociais percebidos como naturais são, na verdade, instituídos com fundamento nos costumes e na legislação), com relação ao gênero, essa assertiva é falha. Afirma Bourdieu (1995, p. 137):

[...] essa experiência é a *forma mais absoluta do reconhecimento da legitimidade*: ela apreende o mundo social e suas divisões arbitrárias, a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, inelutáveis. [...] ‘Escolhas’ que se ignoram, elas são tidas como evidentes por si mesmas, e ao abrigo de toda tentativa de pô-las numa situação capaz de colocá-las em questão: a universalidade de fato da dominação masculina exclui praticamente o efeito da desnaturalização [...] (grifo nosso).

Dando sequência à explicação sobre a dominação masculina, Bourdieu (1995) afirma que a mesma ocorre e se legitima, constantemente, pela *violência simbólica*, baseada nessa “di-visão” presente no imaginário social, que classifica (artificial, embora pareça naturalmente) “todas as coisas do mundo e todas as práticas segundo distinções redutíveis à oposição entre o masculino e feminino”, nas quais o masculino

toma, invariavelmente, o lugar de dominação sobre o feminino. Exemplos disso são as figuras da virilidade masculina, da potência sexual, do heroísmo, do “lugar público” assumido pelo *homem*, contrastadas com a fragilidade e a imagem doméstica habitualmente atribuída à *mulher*. A incorporação, pela sociedade de modo geral, dessa visão dualista, assegura a eficácia da violência simbólica, pois é capaz de confirmar a si própria permanentemente, fazendo com que as vítimas da dominação (no caso, as mulheres) percebam como natural o “destino ao qual estão de qualquer modo socialmente destinadas” e se devotem, desde cedo, a ele – aceitando, sem questionamentos, a “identidade que lhes foi socialmente imposta” (BOURDIEU, 1995, p. 141).

O exercício do poder comporta, necessariamente, uma dimensão simbólica, que garante a adesão dos dominados ao sistema de poder, sem probabilidade de tomada de consciência ou reflexão prévia e, conseqüentemente, sem uma decisão deliberada. Ou seja: “o efeito da dominação simbólica não se exerce na lógica pura das consciências cognoscentes, mas na obscuridade dos esquemas práticos do *habitus* e possui, como instrumento valioso, a linguagem. O exercício da violência simbólica requer, portanto, uma situação de desconhecimento (ignorância, ou mesmo alienação), pelo sujeito dominado, da realidade que o cerca.

Tal situação de dominação simbólica, aplicada especificamente à legislação e às relações de gênero, está demonstrada, por exemplo, nos papéis que, implicitamente, as normas estatais atribuem às mulheres, aos quais estas costumam responder do modo esperado, incorporando, desde a infância, determinadas responsabilidades como estritamente suas – seja em decorrência da *tradição social* ou da normatividade. Entre essas responsabilidades incluem-se, principalmente, o trabalho doméstico e a maternidade – com um tom absolutamente diferente

da relação de paternidade. Tais incumbências, tidas como exclusivamente femininas, não desapareceram, mesmo com a assunção, pelas mulheres, nas últimas décadas, de funções tradicionalmente masculinas (o que demonstra o quão arraigada está, cultural e simbolicamente, a ideia de que as atividades desempenhadas pelas mulheres pertencem, privativamente, a elas).

Nesse sentido, compreende-se, por exemplo, que, por mais que a democracia e a liberdade sejam valores extremamente propagados pela ideologia estruturante do Estado contemporâneo, a maternidade é, para as mulheres, uma *obrigação* decorrente de sua condição biológica – e não uma *escolha*. Atrelado a isso, tem-se o fato de que as crianças do sexo feminino continuam crescendo em um meio social e familiar que lhes impõe essa incumbência, mascarada, contudo, por uma sensação de incontestável satisfação pela situação de maternidade, como se esta se desse de um modo idêntico para todas as mulheres, indistintamente. Há, nesse sentido, um *estereótipo* de “mãe feliz”, que é, constantemente, reproduzido pelos mais diversos veículos sociais de comunicação (eis aqui uma constatação da aceitação, inconsciente, da situação de dominação, explicada por Bourdieu, uma vez que um “modelo” socialmente produzido está profundamente naturalizado no imaginário social).

A aceitação (in)voluntária e o exercício da dominação masculina são também o que ocorre no processo de produção das normas jurídicas e, sobretudo, na sua aplicação, que envolve *interpretação* – por um sujeito socialmente situado, diga-se. O intérprete da norma jurídica faz, portanto, opções constantes, através de métodos próprios, os quais, tal como nas pesquisas científicas, são determinantes para a obtenção do resultado final. O processo de interpretação legal comporta um amplo debate, uma vez que envolve, pelo menos, 1) o questionamento da ideia de *justiça*, 2) o papel



da legislação em uma sociedade; e, finalmente, 3) a função atribuída a seu intérprete. A apreciação de conflitos pautados nas relações de gênero, pelo Poder Judiciário, como não poderia deixar de ser, também ocorre nesta lógica.

A violência simbólica identificada por Bourdieu se manifesta, nesse caso, tanto na atitude de quem interpreta a norma quanto nos efeitos que produz sobre os sujeitos submetidos à jurisdição estatal. Ou seja, os discursos judiciais, diferente do que se tenta geralmente propagar, não são imparciais – mesmo porque seus locutores não são sujeitos desinteressados – e estão, como os de qualquer outra instituição, aptos a reproduzir conteúdos de violência simbólica. Nesse sentido, nada fazem de diferente com relação ao restante da sociedade (meios de telecomunicação, instituições de ensino, entidades religiosas, partidos políticos, associações diversas): fortalecem a oposição binária “homem x mulher” e intensificam as desigualdades, manifestas em *papéis sociais* decorrentes das diferenças sexuais.

## 6 O exemplo da ADPF 54: a força da obrigação de gestar

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um tipo de ação judicial criada para submeter, diretamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal, lesões a preceitos fundamentais da Constituição Federal causadas pela aplicação de leis infraconstitucionais. A ADPF nº 54 foi ajuizada sob o argumento de que a aplicação dos artigos 124 a 126 do Código Penal (criminalização do aborto, como já referido anteriormente) aos casos de anencefalia fetal fere diversos direitos fundamentais da mulher, tais como o direito à vida, à saúde, à autonomia da vontade, importando, sinteticamente, uma situação de tortura, à medida que a gestante tem ciência de que o feto

não sobreviverá após o parto e, mesmo assim, é obrigada a suportar tal gestação.

A CNTS, arguente, postulou a concessão de medida cautelar (decisão provisória acerca do mérito da ação), com a suspensão dos processos judiciais ajuizados por mulheres gestantes de fetos anencefálicos em trâmite no Brasil e as autorizando a realizar a antecipação terapêutica do parto, desde que atestada tal patologia por médico habilitado. O pedido foi deferido pelo ministro Marco Aurélio Mello, relator da ação. Após, contudo, tal decisão foi cassada, em audiência na qual votaram todos os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Uma das entidades cuja participação foi admitida no curso do processo, a título de auxiliar do Supremo Tribunal Federal na análise do pedido, foi a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), para a qual o feto anencefálico é um ser humano e possui, conseqüentemente, o direito de viver no útero materno, até que cesse, naturalmente, sua viabilidade. Tais alegações encontram respaldo religioso, já que, para a Igreja Católica, a *sacralidade da vida* tem início quando da concepção. A mesma entidade afirma, tendo sido seguida por alguns ministros do STF, que a autorização para a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia equivaleria à *coisificação* do feto, ao lhe retirar a condição humana.

Outra questão relevante, apresentada pelo ministro Eros Grau, refere-se ao fato de que a gestação do feto anencefalo não implica risco de morte à gestante, razão pela qual não haveria por que abrir mão do “direito à vida” do feto em favor da mulher. No mesmo sentido, o ministro Cezar Peluso (apud ALVES JR., 2007) afirmou que:

[...] o feto anencefálico é ser humano, pessoa física, portador de direitos e não coisa ou objeto de livre disposição das pessoas. [...] a *circunstância da brevidade da vida extrauterina ou sua iminente morte pós-parto não retira a proteção penal*

*da vida intrauterina do feto anencefálico. [...] o sofrimento em si não é algo que degrade a dignidade humana, faz parte da experiência humana. Assim como o remorso que se pretende evitar proibindo-se o aborto.* (grifo nosso).

Necessário reconhecer que tais argumentos são anômalos por terem como cenário um Estado Democrático de Direito em que não cabe ao Estado condenar, reconhecidamente, as mulheres ao sofrimento, com o intuito de “dignificá-las”, como tampouco “poupar-lhas do remorso”, principalmente porque não há qualquer respaldo legal ou jurídico nessa fundamentação. A essência do Estado Democrático de Direito é, justamente, o princípio da legalidade – a certeza de que os cidadãos não serão submetidos a dispositivos e teses não previstos no ordenamento jurídico, democraticamente aprovado. Isso não equivale a dizer que as mulheres gestantes de fetos anencefálicos *devam* realizar a antecipação do parto, mas sim que esta possa ser uma *alternativa*, decorrente, simplesmente, da sua condição de sujeito *livre*, que, enquanto tal, pode *optar* por passar, ou não, por experiências como as elencadas pelo ministro Cezar Peluso – o sofrimento ou o remorso. Conceitos como estes, no entanto, integram um rol de *sentimentos* que não cabe ao Estado tutelar, pois dizem respeito, estritamente, à liberdade e à autonomia de vontade individual. Como bem refere Alves Jr. (2007), o paradigma social extremado, que culminou no “gigantismo do Estado e no achatamento do indivíduo”, em circunstâncias como o nazifascismo e o social-comunismo – protagonistas de verdadeiras atrocidades – já foi devidamente superado pelo paradigma democrático.

Nesse sentido, merecem ser totalmente refutados os argumentos que se desviam daquilo que Diniz e Vélez convencionaram chamar de *razão pública*, pois é esta a garantia de sujeição a um Estado

Democrático e de julgamento de acordo com a legislação pátria. Afirmam as autoras:

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

É importante destacar que a laicidade proposta pelas autoras não pode equivaler à neutralidade, porquanto esta não existe e, portanto, é inevitável que os posicionamentos humanos sofram influências dos mais diversos fatores, consciente e inconscientemente. Os sujeitos que, no entanto, são dotados da incumbência de *falar em nome do Estado* – seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial – possuem a responsabilidade de afastar o maior número de ideologias particulares próprias e aplicar a norma estatal no sentido que o legislador pretendeu atribuir. Isso porque as normas jurídicas, na condição de objetos historicamente construídos, devem ser expressões do *consenso* (ou, ao menos, da concepção da *maioria*, quantitativamente falando) do tempo em que foram editadas. Evidentemente, muitas vezes não é isso o que acon-

tece, já que as leis podem ser elaboradas para atender a interesses privados de quem as faz e satisfazer apenas os anseios de minorias. No entanto, deve-se considerar que, em uma sociedade democrática, cujas regras de convivência são escritas e cogentes, há que se ter como prioridade a preservação da liberdade dos sujeitos e a sua submissão às normas estatais de forma idêntica.

Considerando, portanto, as diversidades de todas as ordens presentes em nossa sociedade, é fundamental que o Estado, sempre que possível, dê opções aos sujeitos, para que a liberdade possa ser exercida e para que nenhum outro motivo submeta ao cumprimento de uma norma que não o respeito ao outro e aos interesses coletivos (expressos pelo Estado e pelos movimentos sociais organizados). Os argumentos supramencionados (o sofrimento e o remorso) consistem em um desvio na função de julgar, à medida que são trazidas ao debate questões que não deveriam interferir nas decisões estatais, porque são violações intoleráveis ao princípio da igualdade e à livre crença religiosa, já que as pessoas sujeitas à tutela jurisdicional de um Estado não compartilham, todas, de um mesmo credo.

As normas estatais e o princípio da legalidade, constitucionalmente posto, prestam-se, justamente, a garantir que os indivíduos não estejam sujeitos ao arbítrio da pessoa que os julga. Nesse sentido, a liberdade individual repousa no fato de que os juízes estão vinculados à norma (embora, logicamente, esta precise ser interpretada) e aos princípios que integram o ordenamento jurídico.

Em decorrência disso, deve-se ressaltar, inclusive, que não há sentido na criminalização do próprio aborto, já que este configura uma questão social, política, moral (e pode ser enxergado a partir de focos substancialmente distintos), não cabendo ao Direito Penal regulamentar tal questão (o que apenas acontece em decorrência das

características da sociedade contemporânea, que, erroneamente, espera que a criminalização de determinadas condutas faça com que os sujeitos não as pratiquem). O fato de uma conduta consistir em crime só faz com que quem o pratique tenha consciência de que será punido, mas não impede que alguém, mesmo assim, o faça. Os crimes de forte conteúdo psíquico-moral, entre os quais o aborto, não deixam de ser cometidos em razão da legislação penal, estando atrelados, isso sim, às convicções das mulheres envolvidas. Alves Jr. (2007) pondera que, no lugar de questões como “você é a favor do aborto?”, devem ser questionados outros aspectos, tais como:

A mulher que comete o aborto deve ser presa? A possibilidade da prisão reduz a quantidade de abortamentos? Quais mulheres deixam de praticar o aborto devido à possibilidade de serem presas? A possibilidade de prisão induz a que tipo de aborto clandestino? Quais as vítimas preferenciais dos abortos clandestinos? Essas são as perguntas que merecem respostas antes de medidas políticas ou judiciais. As minhas respostas seriam: NÃO ou AS MAIS POBRES.

Em decorrência disso, pode-se afirmar, também, que a criminalização do aborto – de modo geral, e, especificamente, dos fetos anencéfalos – viola o princípio da igualdade, um dos mais relevantes do texto constitucional (embora não haja grau de importância entre os princípios jurídicos). Isso porque, como se depreende da citação acima, a criminalização da conduta não impede a sua prática por todas as mulheres, transpondo a questão do aborto para a diferença de classe econômica, basicamente. Assim, tendo em vista o intuito de garantir a vida dos seres humanos em potencial, a criminalização do aborto é absolutamente ineficaz.

Finalmente, em particular quanto à desigualdade de gênero, explícita na

criminalização do aborto, vê-se que não há proibitivo correspondente que se aplique ao sexo masculino:

[...] o direito da mulher à igualdade também pode ser invocado nas questões relacionadas com a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que sua incriminação 'contraria frontalmente o princípio da igualdade. *Não só na forma evidente de desequilíbrio entre ricos e pobres, mas de uma maneira muito mais ínvia e invisível: entre as mulheres que concebem e os homens que participam nessa concepção*' (TESSARO, 2008, p. 56, grifo nosso).

A autora aponta para o fato de que a gestação é um ônus que recai tão somente sobre as mulheres, tendo em vista que são elas que engravidam. Embora o homem seja tão responsável pela geração do filho quanto a mulher, não há qualquer imposição legal que o comprometa para com a vida do filho, como, por exemplo, ser obrigado a doar algum órgão ou sangue, caso este necessite. Evidente, nesse sentido, que a mulher fica reduzida à condição de instrumento de procriação (e este passa a ser entendido como sendo uma importante função social desempenhada exclusivamente por ela), o que viola, frontalmente, o seu direito à existência digna, resguardado a todos os seres humanos pelo texto constitucional. Além disso, cabe notar que a vida da mulher é, na penalização do aborto, desvalorizada ou menosprezada, à medida que sua vida, sua dignidade e, principalmente, sua liberdade de escolha são prejudicadas em favor da vida do nascituro, contrariando qualquer interpretação axiológica, uma vez que não há dúvidas de que a vida de pessoa já nascida é resguardada com maior intensidade pelo ordenamento jurídico, em detrimento, se for o caso, da vida pré-natal - tanto é que a ilicitude do aborto é excluída pelo Código Penal quando esta conduta estiver respaldada no risco à vida da gestante.

Tribe (apud TESSARO, 2008) refere que forçar uma mulher a gestar um filho que ela não deseja – o que pode ocorrer não apenas na hipótese de fetos anencéfalos, mas em qualquer situação de gravidez – caracteriza uma espécie de servidão involuntária:

Dar à sociedade – especialmente uma sociedade dominada pelo sexo masculino – o poder de *condenar a mulher a manter a gestação contra a sua vontade* é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres como classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade. (TESSARO, 2008, p. 57, grifo nosso).

A discussão acerca do aborto configura um complexo cenário conflituoso, no qual o direito à vida do nascituro e o direito da mulher ao livre uso de seu corpo se chocam frontalmente. O desenvolvimento desse debate exige, ainda, que sejam objetivados critérios atinentes a assuntos muito controversos, como o momento de início da vida humana, o exercício da liberdade sexual - dos homens e das mulheres - e, até mesmo, o limite da tutela do Estado na esfera privada. Quanto ao aborto de feto anencéfalo, contudo, parece não haver dúvidas, se considerados os argumentos plausíveis de serem alegados em um Estado Democrático de Direito pautado na liberdade e no pluralismo, de que o conflito entre a vida do nascituro e a liberdade da gestante simplesmente não existe, uma vez que não há vida futura a ser protegida. Trata-se, portanto, *apenas*, da institucionalização do sofrimento.

## 7 Considerações finais

A desigualdade de gênero, como se buscou demonstrar neste trabalho, ocorre, muitas vezes, de forma implícita, por meios sutis (mas não menos agressivos) que consolidam situações de disparidade entre os sexos feminino e masculino. O discurso jurídico, nesse sentido, revestido pela equivocada ideia de neutralidade do intérprete do direito, cria e perpetua uma série de valores e paradigmas que, impregnados na opinião pública, determinam a forma com que cada sujeito *percebe, incorpora e desempenha o papel social* que lhe é, implicitamente, atribuído.

Os debates realizados e as decisões interlocutórias proferidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, protocolada no Supremo Tribunal Federal sob o nº 54, são um exemplo – dos mais explícitos, diga-se – da manifestação da violência simbólica com relação à desigualdade de gênero. Isso porque, discretamente (mas de modo incisivo e com aspecto de verdade inquestionável, aparentemente *natural*), reproduz a dominação masculina, identificada por Bourdieu, e reforça uma das *obrigações* atribuídas privativamente às mulheres estritamente em razão da diferença sexual: a obrigação de gestar, ainda que já se saiba, previamente, que desse esforço não resultará um criança com possibilidades de vida.

Essa lógica evidencia a adoção (talvez também inconsciente, pelo legislador brasileiro) do binarismo sexual e da consequente atribuição, apesar da igualdade formal, de funções *desiguais* a cada um dos sexos. A sexualidade, e todas as imbricações daí decorrentes que integram a questão do gênero, torna-se, assim, parâmetro para indicar qual o lugar social de cada agente. A criminalização do aborto (com ênfase para os casos de anencefalia fetal), nesse sentido, acentua as desigualdades, não apenas com relação ao binarismo

“homem x mulher”, mas também entre as mulheres pertencentes a diferentes raças, classes sociais, credos, entre outros, principalmente porque, embora estabeleça punição para a prática do aborto, não impede que ela aconteça. Tal lógica se aplica, é verdade, a qualquer outra conduta criminalmente tipificada (uma vez que os crimes, de qualquer modo, acontecem), mas, em se tratando de aborto, há que se perguntar, insistentemente, qual a *intenção* do Estado em punir a pessoa que aborta. Afinal, diferente dos autores de outros crimes, cuja conduta ameaça a paz social, consistindo em ingerência sobre a vida dos sujeitos, o aborto – principalmente nos casos de anencefalia fetal – é ato que se limita à esfera da vida privada, não gerando quaisquer repercussões sobre a coletividade.

As mulheres que não desejam passar, em determinado momento, pela experiência da gestação, não são uma *ameaça* concreta à sociedade, mas apenas sujeitos que buscam se autodeterminar livre, física e moralmente. Quando se trata de gestação de feto anencéfalo, essa questão se torna especialmente relevante, já que a dignidade e a liberdade das mulheres são aspectos profundamente atingidos pela situação. Por isso, é imprescindível que a experiência de uma gravidez de feto anencéfalo, tendo em vista o sofrimento e o remorso (mencionados pelo próprio ministro do STF), seja uma *escolha* da mulher, e não uma obrigação a que ela se sujeita para não ser considerada criminosa. Ou seja, não se verificam razões defensáveis, em um Estado democrático que tem a liberdade como fundamento, para a inserção dessa conduta no Código Penal, sendo o aspecto moral a sua única justificativa. Contudo, os aspectos morais e religiosos fazem parte da esfera privada da vida dos sujeitos, não devendo ser tutelada pelo Estado. As gestantes de fetos anencéfalos carregam, portanto, o moralismo de uma sociedade que enxerga, no sofrimento do outro, a possibilidade de

preservação de um interesse individual, protegendo uma vida – que, no caso, não existe.

A ADPF 54 aguarda julgamento desde o mês de julho de 2009, não tendo sido, ainda, apreciada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Se, por um lado, tal debate não é de fácil enfrentamento e são diversos os interesses que colidem, por outro, as mulheres brasileiras que gestam fetos anencéfalos precisam ver sua situação tutelada juridicamente de forma democrática e laica.

Finalmente, é importante a reflexão feita por Luis Alves Jr. (2007), que sintetiza o entendimento deste trabalho acerca do tratamento que deveria ser dado à temática do aborto – em especial nos casos de anencefalia fetal:

*É desprovida de efetividade jurídico-social a criminalização do aborto, inclusive do feto anencefálico, e não deve ser objeto de delegacia de polícia, mas de hospitais públicos, com a participação de profissionais de saúde física e emocional ao redor da mulher que se encontra nessa situação repleta de angústia e sofrimento, seja a rica, seja a pobre, branca ou negra, crente ou atea. Em vez de policiais, médicos. Em vez de carcereiros, enfermeiros. Em vez de grades, janelas com outras oportunidades. Em vez de ódio punitivo, compreensão afetiva. Em vez de morte, vida. (grifo nosso).*

A efetivação da igualdade de gênero depende, portanto, do reconhecimento das *diferenças* entre homens e mulheres e, apesar delas, da possibilidade do exercício de sua liberdade. É necessário que os argumentos legitimadores da desigualdade passem à esfera cognoscitiva, que sejam percebidos como anômalos – já que, de fato, o são – e que sejam superados pela experiência democrática, em uma sociedade em que os sujeitos devem ser, essencialmente, livres.

## Referências bibliográficas

ALVES JR., L. C. M. **O direito fundamental do feto anencefálico: uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto-.asp?id=10488>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BOURDIEU, P. A dominação masculina. **Revista Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, p. 133-184, jul./dez. 1995.

DINIZ, D.; VÉLEZ, A. C. G. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n. 2, p. 647-652, 2008.

MARTINS, H. Helena T. de S. Metodologia da pesquisa qualitativa. **Revista Educação e Pesquisa**, v. 30, n. 2, p. 289-300, 2004.

NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PENNA, M. L. F. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, v. 15, n. 1, p. 95-106, 2005.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995.

TESSARO, A. O debate sobre a discriminação do aborto: aspectos penais e constitucionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 74. p. 35-85, 2008.

TOURAINÉ, A. **O mundo das mulheres.** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2007.