

**DECISÕES DIVERSAS E PERSPECTIVAS IDÊNTICAS: ROE X WADE, ADPF 54 E
A ENCRIPTAÇÃO DO MACHISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS****DIFFERENT DECISIONS AND IDENTICAL OUTLOOK: ROE X WADE, ADPF 54
AND THE ENCRYPTION OF MALE SEXISM IN JUDICIAL DECISIONS**Diego de Oliveira Silva¹Elaine Auxiliadora Martins Moreira Silva²**RESUMO**

O presente trabalho visa a estudar a utilização das decisões judiciais como forma de encriptar o machismo na sociedade atual e explicitar o conteúdo sexista oculto nos julgados, especialmente naqueles referentes à interrupção da gravidez. O desenvolvimento do trabalho passa pela análise da paradigmática decisão da Corte Suprema estadunidense Roe X Wade, bem como, e como forma de contextualizar a reflexão ao cenário nacional, do conteúdo explícito, implícito e oculto no julgamento da ADPF 54. A evidenciação do conteúdo encriptado nas decisões será importante, como primeiro passo na busca de se evitar a utilização de mais esse instrumento de opressão.

Palavras-chave: Encriptação, Machismo, Decisões judiciais

ABSTRACT

This paper aims to study the use of judicial decisions in order to encrypt male sexism in society and to explicit the hidden sexist content in judicial decisions. The development requires the exam of the US Supreme Court Roe X Wade, as well the analysis of the explicit content, implicit and hidden in the judgment of ADPF 54. The disclosure of the encrypted content in these decisions is important, as a first step in seeking to avoid the use of more that instrument of oppression.

Keywords: Encryption, Male sexism, Judicial decisions

¹ Doutorando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG, Minas Gerais, (Brasil). Defensor Público Federal titular do 4º Ofício Cível - DPU/MG, Minas Gerais, (Brasil). **E-mail:** dieguu@hotmail.com

² Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho - UGF, Rio de Janeiro, (Brasil). **E-mail:** elainemozi@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A discussão a respeito de decisões judiciais que não podem exatamente ser consideradas recentes poderia, à primeira vista, indicar tratar-se o presente artigo de mera digressão histórica a respeito do posicionamento jurisprudencial comparado sobre o aborto.

Com efeito, *Roe X Wade*, a mais conhecida e discutida decisão da Corte Suprema estadunidense sobre o tema, data de Janeiro de 1973. Já o julgamento da ADPF 54, que, não obstante tivesse como tema apenas a interrupção da gestação do feto anencefálico, em análise mais acurada, foi bastante eloquente no que se refere ao aborto em geral, ocorreu em 2012.

As referidas decisões foram e ainda são objeto de diversos estudos a respeito do tema. No entanto, o interesse do presente trabalho em sua análise, bem como a afirmação de que não se trata apenas de um estudo histórico, se revela pelo que não foi explicitamente indicado pelos julgadores, mas pelo tema, sempre atual, que se encontra encriptado nas manifestações de cada um deles e cujos efeitos se prolongam no tempo: o machismo.

A análise das decisões judiciais posteriores, bem como da movimentação política, social, jurídica e filosófica, em ambos os países, é capaz de revelar que, apesar das intensas e frequentes transformações ocorridas no atual período histórico de desenvolvimento da sociedade, a pós-modernidade, esse conteúdo que ficou implícito nas decisões a serem estudadas, no que se refere à imposição de obrigações determinadas por parcela da sociedade sobre o corpo da mulher, é a parte das decisões que se mantém absolutamente intacta, apesar do próprio conteúdo explícito (permissão ou proibição do aborto e em quais hipóteses) se alterar com considerável frequência.

Nesse sentido, mais do que a análise a respeito da proibição ou permissão do aborto, o que se pretende com o presente estudo, é analisar o conteúdo que, não obstante não tenha sido explicitamente mencionado, torna-se límpido diante de uma análise mais aprofundada e permite apontar a influência das decisões na trama social, bem como eventuais soluções ao problema proposto, cuja questão do aborto se apresenta como apenas mais um aspecto.

Para que se atinja o objetivo proposto pretende-se, inicialmente, seguindo a ordem da proximidade da decisão, realizar estudo a respeito dos votos proferidos na ADPF 54, a implícita proibição do aborto no Brasil nas demais hipóteses não prevista na legislação em



vigor, as diversas críticas recebidas em razão disso, bem como a encriptação do machismo, com as repercussões sociais e doutrinárias de tal decisão e do seu conteúdo simbólico.

Posteriormente, pretende-se analisar a decisão estadunidense, nos seus aspectos explícitos e implícitos, bem como suas consequências imediatas, posteriores e atuais, como forma de revelar o machismo implícito na decisão, apesar de, ao final, favorável ao aborto. Além disso, pretende-se realizar estudo a respeito da repercussão da decisão na doutrina e na sociedade daquele país.

Por fim, diante da constatação desse conteúdo encriptado nas decisões estudadas, que se pretende evidenciar, explicitar, analisar e criticar, o trabalho será concluído com a apresentação de possíveis soluções aos problemas, que evidentemente, não obstante se constitua em grande passo, não se darão apenas pela explicitação do que se encontra oculto.

2 ADPF 54: CONTEÚDOS PRESENTES, PRETENDIDOS (EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS) E NÃO PRETENDIDOS

Diante da perspectiva pretendida pelo presente trabalho, a crítica e explicitação do conteúdo implícito na ADPF 54 se apresenta, inicialmente, como mais simples, uma vez que basta um leitura mais atenta para revelar que, não apenas se proibiu qualquer interpretação tendente a possibilitar, em qualquer caso, o aborto, mas também o inarredável compromisso da Suprema Corte nacional em cuidar e impor, individualmente, as preferências religiosas e filosóficas majoritárias ao modo como cada mulher trata o próprio corpo.

Com efeito, a ADPF 54 deveria tratar, aliás como a ementa do acórdão descreve, tão-somente de evitar que mulheres que realizassem o aborto em caso de constatação da anencefalia nos fetos, fossem punidas criminalmente, nos termos dos arts.124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Diante de tal premissa, e ainda conforme destacado pela própria decisão, “o Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões”, foram negadas as intervenções como amici curiae de diversas entidades religiosas, tais como a CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil), a Católicas pelo Direito de Decidir, a

Associação Médico Espírita do Brasil, a Convenção Nacional da Assembleia de Deus, entre outras.

Já não fosse o próprio julgamento maculado pelo “pecado original”, como será ao final constatado, à primeira vista, as decisões que indeferiram os requerimentos de intervenção das entidades religiosas e de orientação filosófica, poderia até mesmo indicar que o Supremo Tribunal Federal estaria trilhando um proveitoso caminho em benefício das mulheres e capaz de garantir que lhe fossem evitados diversos problemas de ordem física e psicológica.

No entanto, basta um olhar mais atento sobre o conteúdo dos votos proferidos quando do julgamento, bem como do texto do acórdão para evidenciar que esse destino não foi alcançado.

2.1 DO CONTEÚDO EXPLÍCITO DA DECISÃO

Trata-se de um grave costume dos juristas brasileiros, em especial do Poder Judiciário nacional, analisar decisões anteriores (supostamente utilizadas como paradigma) apenas pela sua ementa, sem maior atenção à situação apresentada naqueles autos ou ao conteúdo integral do julgado, e tentar aplicar (adequar) seu conteúdo a outras situações consideradas semelhantes.

Essa prática mimética infantil (copiar sem pretensão de se tornar modelo), que se encontra em pleno processo de legitimação, seja pelo advento das súmulas vinculantes, seja pelo recém-aprovado Novo Código de Processo Civil, tem resultado e, certamente, resultará, diante da deplorável situação do Poder Judiciário pátrio, nas mais desastrosas injustiças.

Ocorre que, sob a ótica dos que praticam esse tipo de interpretação limitada, a decisão da ADPF 54 pode parecer um avanço incomensurável, uma verdadeira dádiva concedida pelo Supremo Tribunal Federal em reconhecer, não apenas que as mulheres estariam livres das imposições religiosas e filosóficas majoritárias, mas especialmente que ela não seria obrigada pelo Estado a gestar um feto por todo o período naturalmente necessário, cuja viabilidade seria absolutamente nula. Para se chegar a tal conclusão, obviamente, basta que se leia a ementa.



ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCEFÁLICO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 54/DF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Relator (a) Min. MARCO AURÉLIO – Sigla do órgão STF – Dje – 080 – Divulgação 29.04.2013 – Publicação 30.04.2013).

Como será a seguir explicitado, a mencionada interpretação de decisões corrente no Poder Judiciário brasileiro, que talvez seja proveitosa para manutenção da sua condição patrimonialista pelo menor esforço, a indicar os avanços decorrentes do julgamento da ADPF 54, não pode ser utilizada por aqueles que, efetivamente, pretendem impedir que a sociedade mantenha as mulheres em situação de opressão e inferioridade.

2.2 DO CONTEÚDO IMPLÍCITO DA DECISÃO

O conteúdo não expresso no julgado, mas que fica evidente em uma leitura um pouco mais atenta de seu conteúdo, no entanto, é o que torna emblemático o estudo da ADPF 54 e evidencia a deficiência do mimetismo infantil em que incorre o Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, foi explicitado na decisão apenas a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual **a interrupção da gravidez de feto anencefálico** é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, inciso I e II, todos do Código Penal”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012) g.n.

Os grifos lançados na citação acima, no entanto, não se prestam a evidenciar o que está escrito, até porque isso resta bastante claro, mas, ao contrário, jogar luz no que se encontra implícito.

Com efeito, a partir de tal decisão fica claro que a “interrupção da gravidez” nos casos em que se verificar a anencefalia do feto, não pode ser penalizada como se aborto fosse, uma vez que, diante das considerações médicas constantes do julgamento, “o feto anencefálico um natimorto neurológico” (citação lançada no voto do Ministro Relator de manifestação do Dr. Heverton Pettersen em audiência pública). Assim, se sequer haveria vida potencial a ser

protegida, o que transformaria a interrupção (quase) em um ato atípico. Fica claro do julgado, do mesmo modo, a distinção entre a interrupção da gestação do feto anencefálico, cuja viabilidade é nula, e os casos de eugenia, que se pretende, diante da verificação de qualquer malformação no feto, permitir o aborto. Evidencia-se a manutenção da proibição no último caso descrito, uma vez que adequado ao tipo penal, enquanto que, no caso do feto anencefálico, a ausência de vida, já no momento da gestação, em razão da ausência de atividade cerebral, não haveria tipicidade.

Tal conclusão estaria perfeitamente adequada ao sistema jurídico nacional, não merecendo maiores considerações daqueles que a produziram. Ora, constatado que o aborto apenas ocorre nos casos em que há vida em potencial e que, nos casos em que constatada a anencefalia, não haveria esse potencial, a interrupção da gravidez nessas situações apenas poderia ser considerada ato absolutamente atípico.

No entanto, se esse raciocínio, simples e praticamente imune a retoques tivesse sido concluído da maneira acima descrita, não haveria espaços na decisão para o seu conteúdo implícito.

Com efeito, se a discussão se resume a isso (ausência de vida potencial no feto anencefálico e possibilidade de se incriminar a interrupção da gravidez apenas nos casos em que há viabilidade do feto) nenhuma lógica seria capaz de explicar os motivos da vasta discussão a respeito do início da vida, da dignidade da mulher, da sobreposição de direitos (direito à vida do feto em contraposição ao direito de autodeterminação e dignidade da mulher). Se a questão é tão simples (que pode ser concluída pela análise da descrição em qualquer manual de Direito Penal) quanto a definição do que não é típico, não há sentido em prolongar tanto o debate em questões diversas e alheias.

Para ser crime, é mister ser típica a ação, isto é, deve a atuação do sujeito ativo do delito ter tipicidade. Atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo. Este é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime. (NORONHA, 1991, p.96).

Inúmeros são os fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação da sanção penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica. Essa definição legal da conduta proibida pela ordem jurídico-penal, sem qualquer elemento valorativo, é a tipicidade. Portanto, o tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. (JESUS, 1993, p.230-231).



Assim, se a questão da impossibilidade de se penalizar interrupção da gravidez em casos de anencefalia, diante da evidente atipicidade do ato (evitar a vida do que já está morto), é tão simples e foi, até com certa clareza, explorada na decisão, não se pode duvidar que toda a discussão que não se refere ao caminho (simples) para chegar à óbvia conclusão, tem um objetivo diverso.

Esse objetivo é possível deduzir, inicialmente, pela simples verificação da utilização do termo “interrupção da gravidez” em detrimento de “aborto” no voto vencedor, bem como em quase todos os demais votos constantes do julgamento, não obstante algumas das obras doutrinárias que embasaram a decisão manifestamente utilizarem a segunda expressão.

Verifica-se da análise mais aprofundada da decisão da ADPF 54 o cuidado em não afirmar que a “interrupção da gravidez” no caso de anencefalia corresponderia a alguma forma de aborto, ou, no mesmo sentido, em uma nova hipótese de excludente de ilicitude (ou discriminante).

Assim, o interesse, a princípio velado, do Supremo Tribunal Federal em discutir e afirmar, mesmo sem que tenha sido o tema levado a seu conhecimento, a proibição do aborto em todas as hipóteses não abrangidas pelas excludentes já previstas pelo Código Penal Brasileiro, fica elucidado.

No entanto, o mais grave da decisão sob análise não é conteúdo implícito descrito no presente tópico, uma vez que tais conclusões, não obstante de forma menos visível, não causa qualquer constrangimento aos julgadores ao ser explicitada, pois, de qualquer modo, foram ali acrescentadas voluntaria e refletidamente.

A pretensa novidade do presente trabalho não está em observar o que está implícito, mas em buscar evidenciar o conteúdo que foi encriptado no julgamento, ou seja, não foi acrescentado, mesmo que de forma implícita, por vontade refletida dos julgadores, nem seria assumido por eles caso fossem confrontados.

2.3 DO CONTEÚDO ENCRIPADO NA DECISÃO

Fica reservado ao presente tópico a tentativa de evidenciar a mensagem inculpada de modo oculto no julgamento da ADPF 54 e que não foi acrescentada ao texto voluntariamente, seja de modo explícito e pretendido (como a impossibilidade de se criminalizar o aborto no caso do feto anencefálico) ou diante de constrangimento disfarçado, implícito e pretendido (a proibição do aborto fora das hipóteses legalmente previstas).

Com efeito, os votos proferidos quando do julgamento analisado evidenciam que, o objetivo que se pretendeu revelar para a sociedade foi o de julgamento a respeito da aplicação ou não dos artigos do Código Penal que incriminar o aborto, aos casos de interrupção da gravidez quando constatada a anencefalia do feto, questão está que foi a única a constar dos requerimentos iniciais.

Ontem, ficou bem claro que nós nos adstringimos ao julgamento da ADPF em relação à antecipação do parto em relação ao feto anencefálico. Esse é o objeto bem restrito do pedido, é objeto sobre o qual o Ministro Marco Aurélio lavrou o seu voto, que obteve do Tribunal, do Colegiado, a adesão, agora verificada, da sua expressiva maioria. (LUIZ FUX, 2012, ADPF 54).

Ocorre que a simplicidade a princípio verificada na discussão limitada pela ausência de adequação da ação de evitar o nascimento de feto já previamente morto ao tipo legal referente ao aborto, em contraposição à complexidade e variedade de argumentos utilizados no julgamento tornou indisfarçável a vontade de se evidenciar a proibição geral do aborto, tanto que se preocuparam os julgadores com eventual “falha de caráter” de alguns médicos ao diagnosticarem a anencefalia.

No entanto, há implicações que ficam disfarçadas no julgamento e assim deveriam estar, como forma de manutenção, sem constrangimentos, do *status quo* de opressão e indevida ingerência do Estado na vida pessoal, especialmente das mulheres.

Com efeito, diversas questões foram colocadas no julgamento, de modo bastante cuidadoso e disfarçado, diante de diversas escusas e justificações contrárias, como forma de não evidenciar que, efetivamente, os termos da decisão foram motivados por questões absolutamente idênticas às que veementemente rechaçadas durante todo o julgamento.

Nesse passo, é possível observar a preocupação, que ocupa todo o julgamento, em distanciar a decisão das questões e posições religiosas e evitar a impressão de que,



qualquer que fosse o sentido do acórdão, a motivação (total ou parcial) fosse uma negação laicidade do Estado.

O voto vencedor, aliás, ocupa proporcionalmente a maior quantidade de linhas na tentativa de justificar o alardeado afastamento das entidades religiosas do julgamento e o indeferimento de sua participação e intervenção no processo como *amici curiae*. Trata-se quase de um pedido escrito e público de desculpas pela afirmação de que o Estado é laico.

Ora, a análise da legislação, bem como dos próprios argumentos utilizados não parece justificar tamanha preocupação em evidenciar o óbvio. Destaque-se que a Lei 9.868/1999, em seu artigo 7º, §2º prevê a possibilidade de intervenção quando constatada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Assim, evidentemente, não versando a questão debatida nos autos a respeito de qualquer impedimento à liberdade religiosa, cobrança de tributos das entidades religiosas, ou qualquer tema semelhante, resta límpida a ausência de relevância nas informações a serem prestadas por qualquer manifestação eclesiástica.

No entanto, a limpidez da previsão legal não foi suficiente a afastar a participação das igrejas e demais organizações religiosas nas audiências públicas prévias, nem mesmo os diversos argumentos emocionais (ou religiosos) no que se refere ao direito à vida, capaz de impedir (implicitamente na decisão), o aborto de modo geral.

É, portanto, a consistência constitucional dos argumentos que poderá legitimar determinada resposta como sendo correta. Precisamente no caso da ADPF 54, em que pese a em geral alentada e bem fundamentada argumentação dos Ministros do STF, verifica-se que a correção do resultado – que aqui vai enfatizada – não afasta e nem deve tornar invisível evidentes equívocos ou pelo menos imprecisões e inconveniências revelados por ocasião de alguns votos dos julgadores. Da mesma forma, tal como em outros julgados, percebe-se que alguns argumentos acabaram sendo reforçados mediante recurso a figuras retóricas de cunho não jurídico e que chegam a assumir, ainda que isso não corresponda à intenção de seu autor, caráter apelativo, o que não raras vezes não contribui para a solidez da decisão quanto à sua fundamentação. (SARLET, 2014 pg.197).

No mesmo sentido, não parece sem razão a tentativa de se permitir parcialmente o aborto do feto anencefálico, desde que após a devida regulamentação pelo Ministério da Saúde, com a definição de normas de organização e procedimento para o reconhecimento da

enfermidade e, conseqüentemente, da morte encefálica, como sugerido com insistência pelo Ministro Gilmar Mendes.

Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras. (Gilmar Mendes, 2012, ADPF 54).

Como será debatido mais adiante, conteúdo encriptado das decisões, não obstante irrefletidamente explorado pelos julgadores, não se trata de um desvio, equívoco, ou falha na argumentação capaz de macular a decisão e interferir em sua solidez como sugere o doutrinador Ingo Sarlet em trecho acima destacado. Trata-se, na realidade, do conteúdo que torna perene e imutável o *status quo* de exploração que muito interessa a uma pequena parcela da sociedade. Trata-se do sistema em seu perfeito funcionamento.

3 ROE X WADE: DECISÃO DIVERSA, MAS O MESMO CONTEÚDO ENCRIPADO

A decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos teve pedidos iniciais diversos, conclusão em sentido diverso e, a princípio, menor conteúdo implícito. No entanto, assim como a decisão da ADPF 54, seu conteúdo encriptado foi vasto e teve implicações graves na sociedade daquele país.

Destaque-se, inicialmente, que o julgamento da Corte estadunidense teve como objetivo discutir a constitucionalidade do Estatuto Criminal do Aborto no estado do Texas (com necessária aplicação aos demais estatutos semelhantes em outros Estados). Ou seja, a referida decisão deveria, efetivamente, se pronunciar a respeito de uma eventual proibição geral ou permissão geral ao aborto.

Desse modo, grande parte da discussão (aparentemente) inútil realizada no julgamento brasileiro, faria (a princípio) todo sentido no caso estadunidense, tais como aquelas a respeito do início da vida, a contraposição entre direito da mãe e do feto, a possibilidade de se prejudicar a saúde (física e psicológica) da mulher ao obrigá-la a levar adiante uma gravidez não desejada.



In Roe v. Wade² decided January 22, 1973, the Supreme Court Justice Blackmun speaking for everyone but Justices White and Rehnquist³ held unconstitutional Texas's (and virtually every other state's⁴) criminal abortion statute. The broad outlines of its argument are not difficult to make out:

1. The right to privacy, though not explicitly mentioned in the Constitution, is protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.
2. This right "is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy."
3. This right to an abortion is "fundamental" and can therefore be regulated only on the basis of a "compelling" state interest."
4. The state does have two "important and legitimate" interests here, the first in protecting maternal health, the second in protecting the life (or potential life) of the fetus. But neither can be counted "compelling" throughout the entire pregnancy: Each matures with the unborn child.³ (ELY, 1973, p.220).

Ou seja, não obstante a decisão de Roe X Wade tenha sido mencionada no julgamento da ADPF 54 apenas pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e, tão somente com o objetivo de rechaçar as semelhanças e discutir a aplicação geral de eventuais restrições a serem impostas por regramento próprio a ser elaborado pelo Ministério da Saúde, fato é que são bastante semelhantes os argumentos que nortearam ambas as decisões.

No entanto, o argumento principal utilizado na decisão, se referiu à necessária observação e proteção do direito à privacidade, bem como da impossibilidade de Estado interferir nos interesses particulares dos indivíduos, e teve como paradigma decisão anterior que considerou inconstitucional legislação que proibia a orientação médica a respeito da utilização de métodos contraceptivos (Griswold x Connecticut).

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one,

the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court, 1973, Juiz Relator Mr. Justice Blackmun, disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>, acesso em 30/01/2016).⁴

Nesses termos, a Corte Suprema estadunidense considerou inconstitucional o Estatuto do Aborto do Texas em sua integralidade, bem como, a princípio toda a legislação semelhante dos demais Estados, permitindo à mulher, em qualquer caso, a escolha da manutenção ou não da gravidez até o final.

Our conclusion that Art. 1196 is unconstitutional means, of course, that the Texas abortion statutes, as a unit, must fall. The exception of Art. 1196 cannot be struck down separately, for then the State would be left with a statute proscribing all abortion procedures no matter how medically urgent the case. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court, 1973, Juiz Relator Mr. Justice Blackmun, disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>, acesso em 30/01/2016).⁵

³ Em *Roe v. Wade*, decidido em 22 de Janeiro de 1973, o Juiz Blackmun da Suprema Corte, falando por todos menos os Juízes White e Rehnquist – considerou inconstitucional o Estatuto Criminal do Aborto do Texas (e virtualmente o de todos os Estados). As linhas principais de argumentos não são difíceis de demarcar: 1. O direito à privacidade, apesar de não explicitamente mencionado na Constituição, é protegido pela Cláusula do Devido Processo prevista na 14ª Emenda. 2. Esse direito é amplo o suficiente para amparar a decisão da mulher em terminar ou não sua gravidez. 3. Esse direito ao aborto é fundamental e pode ser regulado somente no que se refere aos interesses do Estado. 4. O Estado tem dois importantes e legítimos interesses aqui, o primeiro é a proteção da saúde da mãe, o segundo é proteger a vida (ou vida potencial) do feto. Mas ninguém pode obrigar a manutenção de toda a gravidez: que amadurece com a criança que ainda não nasceu. (tradução livre).

⁴ Esse direito à privacidade, se está fundado no conceito de liberdade pessoal e restrição contra a ação do Estado, como pensamos, ou, como a Corte do Distrito determinou, na reserva de direitos das pessoas na Nona Emenda, é amplo o suficiente para abarcar o direito da mulher em decidir se mantém ou não a gravidez. A deterioração que o Estado pode impor à mulher grávida negando a escolha é evidente. Específico e direto prejuízo ao diagnóstico médico mesmo em casos de gravidez recente podem estar envolvidos. Maternidade, ou prole adicional, forçada contra a mulher pode causar desastre ao futuro e à vida. Prejuízos psicológicos evidentes. Saúde mental e física pode ser comprometida pelos cuidados com a criança. Há também a aflição, por toda a preocupação, associada com a criança não pretendida, e há problemas em trazer a criança a uma família não preparada, psicologicamente e de outras maneiras, para dela cuidar. Em outros casos, como esse, outros estigmas e dificuldades adicionais podem estar envolvidas na maternidade não pretendida. Todos esses são aspectos que devem ser analisados pela mulher e pelo médico que a acompanha (tradução livre).

⁵ Nossa conclusão de que o Art.1196 é inconstitucional significa, é claro, que o Estatuto do Aborto do Texas, como unidade, deve cair. A exceção do art. 1196 não pode ser derrubada separadamente, por ele o Estado poderia manter um Estatuto proibindo todos os procedimentos abortivos não importando quão urgente o caso (tradução livre).



O sentido abertamente exposto no presente trabalho parece indicar concordância total com os termos da referida decisão, uma vez que estaria, de modo peremptório, garantindo à mulher o direito de escolha a respeito do seu corpo e sua sexualidade e proibindo intervenções indevidas do Estado nesses assuntos, aliás, como ocorre com os homens.

No entanto, tal conclusão apenas se revelaria após estudo descuidado das manifestações lançadas no julgado, bem como sem atenção às suas implicações posteriores, possibilitada, em grande medida, por tais declarações.

3.1 O QUE NÃO FOI VOLUNTARIAMENTE DITO, MAS TEM GRANDE RELEVÂNCIA NAS IMPLICAÇÕES DA DECISÃO

Não se duvida do grande predomínio cultural, político, econômico, filosófico e jurídico do liberalismo nos Estados Unidos da América. Diante desse contexto, aliás, houve imensa preocupação da Corte estadunidense em fundamentar a decisão de Roe X Wade nos princípios fundamentais do liberalismo, especialmente a privacidade e direito de defesa contra intromissões indevidas do Estado.

No entanto, os comentários à decisão elaborados pela doutrina criticam, em especial, sua vagueza, ao não conseguir definir, de modo preciso, qual ligação teria a questão do aborto com a privacidade, bem como a utilização de precedentes inespecíficos, como o caso da proibição de difusão dos métodos contraceptivos e, especialmente, a utilização de precedentes de cunho, inaceitavelmente (prevalência do liberalismo), social e ativista.

A number of fairly standard criticisms can be made of Roe. A plausible narrower basis of decision, that of vagueness, is brushed aside in the rush toward broader ground.²⁰ The opinion strikes the reader initially as a sort of guidebook, addressing questions not before the Court and drawing lines with an apparent precision one generally associates with a commissioner's regulations.²¹ On closer examination, however, the precision proves largely illusory. Confusing signals are emitted, particularly with respect to the nature of the doctor's responsibilities²² and the permissible scope of health regulations after the first trimester.²³ The Court seems, moreover, to get carried away on the subject of remedies: Even assuming the case can be made for an unusually protected constitutional right to an abortion, it hardly seems necessary to have banned during the first trimester all state regulation of the conditions under which abortions can be performed.²⁴ (ELY, 1973, pg. 922).⁶

É possível ainda observar que, não obstante tenha se fundado a decisão no direito à privacidade, bem como no direito de escolha da mulher, a divisão da gestação em períodos que poderiam interferir na referida escolha, parece confrontar diretamente com a fundamentação.

As diversas falhas apontadas na decisão, com certa razão, especialmente ao se considerar o contexto em que proferida, bem como a conclusão de que não haveria alteração imediata do seu conteúdo, se constituíram em mais um instrumento de luta e convergência dos movimentos que lutam pela manutenção da submissão do corpo, da vontade e da sexualidade feminina à vontade do Estado e, conseqüentemente, dos detentores de poder.

The Roman Catholic Church's hierarchy had been relatively inactive on the issue prior to 1970, but the legalization of abortion in New York led to a very rapid mobilization of right to life opposition. We could fill a very long shelf with writings that claim that it was only the Supreme Court's action in *Roe v. Wade* that created an intensely energized right to life movement, and that if the Court had not gone as "far" as it did in *Roe*, then anti-abortion forces would not have mobilized in the ways that they did during the 1970s and 1980s. Instead, there supposedly would have been extensive but more gradual abortion law liberalization stemming from less shrill debates in countless state legislatures. Thus, in this fictionalized but nonetheless widely-accepted version of history, the Supreme Court, and particularly Justice Blackmun, are faulted for committing and act of "heavy-handed judicial intervention" that spurred the right to life movement and engendered much of the political strife America has witnessed over the past twenty-five years. (GARROW, 1999, p.840).⁷

opressivo (*Parenthood of Southeastern Pennsylvania V. Casey*), a princípio contrariando todos os principais argumentos anteriormente utilizados no que se refere ao direito de privacidade e de escolha da mulher.

A utilização do apelo emocional, de argumentos teológicos, a existência de contradições primárias na própria decisão e em relação a julgados posteriores poderia, em análise crédula, apontar simplesmente para a falta de preparo dos julgadores, que seriam tão surpreendidos quanto qualquer outro cidadão, pelos efeitos aparentemente não desejados e não previstos do julgamento.

4 EVIDENCIANDO O QUE SE ENCONTRA ENCRIPADO



Como visto, as diversas falhas nas decisões judiciais, especificamente quanto ao objeto do presente trabalho, nas decisões da Suprema Corte estadunidense e do Supremo Tribunal Federal referentes ao aborto, são tomadas como distorções do sistema, que merecem retoque.

Com efeito, as consequências não pretendidas, mas visíveis, da decisão, tais como o recrudescimento do movimento “pro-life” nos Estados Unidos, com argumentos contundentes e sustentáveis contrários a Roe x Wade, bem como as consequências, também não pretendidas e com liame menos evidente no Brasil, tais como o aumento da violência contra a mulher e a imposição de culpa a elas pela violência sofrida são normalmente olvidadas e, quando vistas, divorciadas de uma análise global do sistema jurídico e político.

No entanto, alguns autores apontam para interpretação diversa, afirmando que, na realidade, tais falhas não se constituiriam em distorções dentro de um sistema que, se em correto funcionamento, não as gerariam, mas se tratam do próprio sistema funcionando adequadamente com o objetivo de manter o *status quo* de privilégios para determinadas classes e pessoas.

⁶ Uma série de críticas bastante padrão podem ser feitas a Roe. A base plausível mais restrita da decisão, a imprecisão, é deixada de lado na corrida em direção à críticas mais amplas. A opinião atinge o leitor inicialmente como uma espécie de guia de viagem, abordando questões anteriores ao julgamento e desenha linhas com uma aparente precisão geralmente associadas com os regulamentos de um comissário. Numa análise mais aprofundada, no entanto, a precisão se mostra em grande parte, ilusória. Sinais confusos são emitidos, em particular no que diz respeito à natureza da responsabilidade do médico e do âmbito admissível de normas de saúde após o primeiro trimestre. A Corte, além disso, se deixar levar no assunto de remédios: mesmo supondo que o caso pode ser discutido a partir de uma perspectiva constitucional que protege o direito ao aborto, não parece ser necessário ter banido durante o primeiro trimestre toda a regulação estatal das condições em que o aborto pode ser realizado (tradução livre).

⁷ A hierarquia da Igreja Católica Roman/a tinha sido relativamente inativa sobre a questão antes de 1970, mas a legalização do aborto em Nova York levou a uma rápida mobilização. Poderíamos encher uma longa prateleira com escritos que afirmam que foi apenas a ação da Suprema Corte em Roe v. Wade, que criou um direito intensamente energizado para movimento da vida, e que, se o Tribunal não tivesse ido tão “longe”, como ele fez em Roe, em seguida, as forças anti-aborto não teriam se mobilizado como ocorrido nos anos de 1970 e 1980. Em vez disso, supostamente, teria sido gradual a liberalização da lei do aborto decorrente de debates menos estridentes em inúmeras legislaturas estaduais. Assim, nesta versão fictícia, mas ainda assim amplamente aceita da história, a Suprema Corte, e particularmente o Juiz Blackmun, são acusados de cometer ato de “pesada intervenção judicial” que impulsionou o movimento do direito à vida e engendrou boa parte da contenda política que os Estados Unidos têm testemunhado ao longo dos últimos vinte e cinco anos (tradução livre).

Ocorre que, diante de uma análise crítica, não se poderia duvidar que as brechas da decisão americana ou a reverência ao pensamento religioso na decisão proferida no Brasil evidenciam que o Estado, de forma bastante institucionalizada e eloquente, permite que o corpo, as atitudes, o comportamento e a sexualidade da mulher sejam objeto de análise e julgamento por todos.

Não se poderia duvidar da permissão concedida pelo Estado, de forma institucionalizada e eloquente, às Igrejas ou qualquer corrente filosófica, para buscarem a imposição de sua doutrina a todas as mulheres, independentemente de sua opção religiosa ou filosófica.

Não se poderia duvidar que o Estado, de forma institucionalizada e eloquente, diz que o corpo da mulher é público e pode ser utilizado para satisfazer (como desde sempre na história) às vontades masculinas.

A eventual ausência de dúvidas sobre essas consequências, no entanto, permite, no máximo, que se conclua que, infelizmente, uma decisão justa foi maculada por alguma distorção no sistema. Assim, apenas essa distorção seria merecedora de reparo, uma vez que o sistema é perfeitamente adequado para a manutenção da segurança jurídica.

Ocorre que, como dito, alguns autores têm demonstrado que, na realidade, o sistema jurídico se constitui apenas em mais uma engrenagem (importante, mas não única) de manutenção e legitimação do poder, bem como de manutenção e legitimação de exclusão e exploração.

Assim, todos esses conteúdos encriptados nas decisões judiciais analisadas, que institucionalizam e legitimam a opressão e exploração da mulher, não se constituem em meras distorções a serem corrigidas, mas sim em verdadeiros mecanismos historicamente desenvolvidos para manutenção do *status quo*.

El poder se convierte así en el eje fundamental de la actividad social, sin embargo su lugar es la ilusión creada por el derecho, ilusión que gobierna las vidas en la medida en que se presente como eso, como mera ilusión que se oculta tras los verdaderos cimientos de la sociedad, como un fantasma que se desvanece y se borra tras el texto, como una sombra desterrada de sí misma. La ilusión funciona porque nos otorga todo el sentido de lo real pero se hace a sí misma en una sustancia imposible de rastrear que se escapa en su mayor cercanía, que se camufla tras su propia ilusión. Habla a través de mil voces, el Papa, el emperador, el parlamento, el reyezuelo, articulan una



palavra poseída em sí mesma, audible antes de ser pronunciada. (RESTREPO, 2014, p.23).⁸

Não são as consequências das referidas decisões judiciais, portanto, fruto de equívocos ou desvios involuntários, constituindo-se, na realidade, em mecanismos necessários de institucionalização da exploração.

Do mesmo modo, a exposição às escâncaras de um instrumento de dominação poderia gerar revoltas e entraves à liquidez da sociedade contemporânea. Assim, há necessidade de que, não apenas se difunda a ideia de necessidade de confiança nas decisões judiciais, mas também, e especialmente, que a opressão não fique tão evidentemente demonstrada nos julgamentos.

Exatamente por isso é que não se verifica com frequência, nem por óbvio, se observou nas decisões estudadas pelo presente artigo, menção expressa à possibilidade de intervenção estatal no corpo da mulher, nem mesmo a imperiosidade da manutenção do domínio hegemônico sobre as atitudes, vontades e comportamentos femininos.

Ao contrário, o que se pretende expor no momento em que todas essas consequências são impostas, é a preocupação em libertar a mulher as imposições tradicionais machistas e garantir sua privacidade e autodeterminação.

E se consequências contrárias ao que foi exposto são observadas, busca-se apontar para as distorções do sistema, e não, evidentemente, para a regra que se mantém.

Os limites da função ideológica da constitucionalização simbólica para a “lealdade das massas” e para as “regras do silêncio” democráticas importam a permanente possibilidade de crítica generalizada ao sistema de dominação encoberto pelo discurso constitucionalista. Como problema estruturalmente condicionado, o desgaste da constitucionalização simbólica poderá conduzir a movimentos sociais e políticos por transformações consequentes em direção a um sistema constitucional democrático efetivo. É possível também

⁸ O poder se converte assim no eixo fundamental da atividade social, sem embargo seu lugar é a ilusão criada pelo direito, ilusão que governa as vidas na medida em que se apresenta como isso, como mera ilusão que se oculta atrás dos verdadeiros cimentos da sociedade, como um fantasma que se esconde atrás do texto, como uma sombra desterrada de si mesma. A ilusão funciona porque nos outorga todo o sentido do real, mas se faz a si mesma uma substância impossível de rastrear que se escapa em sua maior perseguição, que se camufla atrás de sua própria ilusão. Fala através de mil vozes, o Papa, o imperador, o parlamento, a realeza, articulam uma palavra possuída em si mesma, audível antes de ser pronunciada. (tradução livre).

que conduza à apatia das massas e ao cinismo das elites. A reação mais grave, contudo, é o recurso à “realidade constitucional” mediante a imposição do padrão autoritário e o estabelecimento de constituição instrumental, na qual se exclui ou limita radicalmente o espaço da crítica à própria “realidade” de poder. (NEVES, 2013, 125-126).

Observa-se, portanto, que o conteúdo encriptado nas decisões estudadas não se reflete como fruto de alguma distorção ou ausência de preparo dos julgadores. Na realidade, se apresenta como o necessário funcionamento do sistema jurídico, com objetivo de manter, diante da utilização de simbolismos (a necessária proteção à segurança jurídica e as vantagens em se manter o sistema como está, por exemplo), o *status quo* opressor e excludente da sociedade.

Assim, o objetivo das decisões analisadas no presente trabalho, efetivamente, não é o de permitir ou negar o aborto, seja em quais casos forem, seu escopo principal é manter e legitimar a condição de inferioridade e de exploração a que submetida socialmente a mulher.

5 CONCLUSÃO

A análise realizada no presente trabalho pretendeu evidenciar que as decisões judiciais referentes ao aborto, tanto no Brasil, como nos Estados Unidos, devem ser estudadas sob um enfoque bastante mais amplo do que a mera verificação do seu conteúdo explícito.

Com efeito, conforme ficou demonstrado ao longo do texto, as decisões apresentam conteúdo implícito bastante eloquente e, até certo ponto, refletido e pretendido que, muitas vezes, passa ao largo das análises realizadas.

No entanto, o mais grave desses estudos parciais é que se olvida o conteúdo encriptado nos textos. Conteúdo esse, não voluntariamente pretendido, mas com graves consequências para a sociedade.

Quando algum estudo consegue enxergar além do pretendido pelos julgadores e, ainda que de forma turva, verificar que as decisões legitimam situações de absoluta exclusão, opressão e exploração, trata tais resultados como meras distorções a serem corrigidas.

Nesse passo, surgem diversas doutrinas que buscam encontrar soluções para as alegadas distorções, tais como as que pretendem maior possibilidade de participação nos



processos judiciais, maior espaço para a oralidade, ou ainda correção das formas de comunicação no processo.

Pretendeu-se, no entanto, no presente estudo, evidenciar que as consequências das decisões não são ocasionadas por desvios ou distorções do sistema, mas são resultados de seu objetivo principal, qual seja, manter o *status quo* da sociedade atual.

Especialmente nos casos examinados, foi possível observar que o conteúdo encriptado nas decisões, ao contrário de se constituírem em equívocos ou pequenos detalhes a serem corrigidos, corresponde a uma importante forma de legitimar o julgamento alheio sobre as atitudes e comportamentos das mulheres, independentemente da questão do aborto, que a princípio foi posta em julgamento.

Como constatado anteriormente, a mera verificação de que existem conteúdos encriptados não apenas na legislação, mas também nas decisões judiciais, não é suficiente para evitar que se perpetue o referido sistema.

Destaque-se que a ilusão de que haveria segurança jurídica na aplicação do sistema vigente, bem como que esse seria (busca por segurança jurídica) o principal objetivo a ser perseguido talvez convença até mesmo àqueles que conseguiram enxergar as consequências das decisões estudadas, além de meras distorções.

No mesmo passo, os limites do presente texto não permitem a aprofundada discussão a respeito das soluções para os problemas (pluriconstitucionalismo, democracia radical). No entanto, se o primeiro passo, de se conseguir desvelar objetivos que não se pretendia revelar nas decisões judiciais e permitir uma reflexão além da busca pela correção de alegadas distorções, já se pode comemorar a consecução da finalidade pretendida.

6 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar. 2012.

_____. **Lineamenti di una sociologia marxista**. Roma: Editori Riuniti. 1964.



_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. 2001.

_____. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar. 1998.

BOFF, Leonardo. **E a igreja se fez povo**. eclesiogênese: a igreja que nasce da fé do povo. Petrópolis: Vozes, 1986. 199p.

_____. **Ética e moral**: a busca dos fundamentos. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. **Igreja**: carisma e poder. São Paulo: Ática, 1994. 367p.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - Relator(a) Marco Aurélio - Sigla do órgão STF - DJe-080 - Divulgação 27.03.2008 - Publicação 28-03-2008.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural**: o direito à cultura. São Paulo: Perseu Abramo, 2006. 148p.

_____. **Convite à filosofia**. 14.ed. São Paulo: Ática. 2011. 520p.

_____. **Conformismo e resistência**: aspectos da cultura popular no brasil. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. 179p.

_____. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 12.ed. São Paulo: Cortez, 2007. 368p.

_____. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Perseu Abramo, 2006. 144p.

ELY, John Hart. **The wages of crying Wolf**: a coment on Roe v. Wade. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Paper 4112. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4112.



FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 248p.

_____. **Educação como prática da liberdade**. 34.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 192p.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 50.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 256p.

GARROW. David J. **Abortion before and after Roe v. Wade**: an historical perspective. Albany Law Review. v.62. 1998-1999.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp. 1991.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. 2.ed. São Paulo: Unesp. 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 17.ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 1993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. 334p.

MATTOS, Virgílio de; PINTO, João Batista Moreira (org.). **A legibilidade de ilegível**. Belo Horizonte: Fundação MDC. 2006. p. 9 – 30.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 28.ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 1991.

RESTREPO. Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional**: la democracia a la enésima potencia. Valência: Tirant Lo Blanch. 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. 568p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Vol. I. 3.ed. São Paulo: Cortez. 2001.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4.ed. São Paulo: Graal. 2006.



_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 14.ed. São Paulo: Cortez. 2013.

_____. Poderá o direito se emancipatório? **Revista crítica de ciências sociais.** n.65. p.3-37. 2003.

_____. **Um discurso sobre as ciências.** 7.ed. São Paulo: Cortez. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do sul.** Coimbra: Almedina. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal.** **Revista de Direito da Universidade de Brasília.** v.01, n.02. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 876p.

_____. **Ordenação constitucional da cultura.** São Paulo, Malheiros, 2001. 250p.

ŽIŽEK, Slavoj. **Elogio da intolerância.** Lisboa: Relógio D'água Editores, 2007.

_____. **Em defesa das causas perdidas.** São Paulo: Boitempo. 2011.