

O Status Jurídico Brasileiro do Aborto: Uma Questão de Gênero?

The Brazilian Legal Status of Abortion: A Gender Question?

Luiz Augusto Mugnai Vieira Junior

Doutorando em Ciências Sociais - UNESP e Docente da UNIPAR
gutomug@gmail.com

Resumo

A criminalização e a ilegalidade do aborto no Brasil são ingredientes fundamentais para uma prática abortiva insegura, que além de expor as mulheres a problemas de saúde também causa a morte de muitas delas. Segundo a Organização mundial de saúde (1990) o aborto inseguro é a terceira causa de morte de mulheres no mundo. E o Brasil não foge a regra dessa estatística segundo o Ministério da Saúde (2009). Assim, pensando que a criminalização e a ilegalidade são elementos provenientes do *status* jurídico sobre o aborto, esse cenário de mortalidade de mulheres devido o abortamento realizado de maneira insegura leva a seguinte reflexão: o ordenamento jurídico sobre a prática abortiva desvela as posições das relações gênero na sociedade brasileira? Para tal, se apresenta aspectos significativos dos discursos sobre o aborto constituídos historicamente e que estabeleceram as condições de possibilidade para seu *status* jurídico atual, ou seja, a ilegalidade da prática. Destaca-se os elementos, as ênfases, os aspectos marcantes, as posições que são usadas nos discursos sobre a prática abortiva proveniente da área jurídica e assim perceber nela o quanto se revela uma questão de gênero.

Palavras- chave

Aborto; discurso jurídico; mulheres

Abstract

The criminalization and the illegality of abortion in Brazil are fundamental ingredients for a practice unsafe abortion, which in addition to expose women to health problems also cause the death of many of them. According to the World Health Organization (1990) the unsafe abortion is the third cause of death of women in the world. And the Brazil doesn't escape the rule of this statistics according to the Ministry of health (2009). So, thinking that the criminalization and illegality are elements arising from the legal status about abortion, this scenario of mortality of women because abortion held insecurely takes the following reflection: the law on abortion practice reveals the positions of gender relations in brazilian society? To this end, significant aspects of the speeches on abortion constituted historically and that established the conditions of

possibility for its current legal status, that is, the illegality of the practice. Stands out the elements, the emphasis, the striking aspects, positions that are used in speeches about the abortion practice from the legal area and so perceive it how much is revealed a gender question.

Key words

Abortion; legal discourse; women

Introdução

A situação jurídica do aborto (códigos penais brasileiros e leis complementares)

Neste artigo será discutida a situação jurídica do aborto a partir de referências e fontes tais como: códigos penais brasileiros, os dispositivos constitucionais, normas legislativas como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e os comentários de juristas sobre o tema.

O *status* jurídico atual do aborto no Brasil está configurado no Código Penal Brasileiro, publicado em 07 de dezembro de 1940, Título I: Dos crimes contra a pessoa – Capítulo I: Dos crimes contra a vida, nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128. As leis estão dispostas da seguinte forma no Código:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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 (BRASIL, 2010, p.67).

A legislação brasileira configura apenas o aborto, em sua situação atual como crime, somente nos dois casos como dispostos no artigo 128, incisos I e II, ou seja, o risco de vida para a gestante ou quando o feto foi gerado em decorrência de um estupro, a sua prática é permitida e não criminalizada juridicamente. O Código Penal prevê pena de 1 a 3 anos de prisão para a gestante, e de 1 a 4 anos para o médico ou qualquer outra pessoa que realize nela o procedimento de retirada do feto. Além de uma penalidade de 3 a 10 anos de prisão, em caso de aborto sem consentimento da gestante. Entretanto, recentemente nos dias 11 e 12 de abril de 2012 foi aprovada pelo Supremo Tribunal Federal a ação, iniciada em 2004, do então, ministro da Corte Suprema, Marco Aurélio a chamada ADPF 54 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – de número 54, ferramenta jurídica que garante o aborto no caso de fetos anencéfalos no Brasil. O que não significa que essa decisão ab-roque o aborto no país, mas esclarece melhor o judiciário e afasta a influência jurisprudencial na aplicação do direito *in concreto*, enfim, sem a necessidade de depender de interpretações e jurisprudências de cada juiz que a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo pode ser considerada um aborto ilegal. Assim posto, o terceiro caso para o aborto legal que exclui de entendimento criminoso e de ação penal seria expresso como “III-se da gravidez resulta feto com anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (CAVALCANTI, 2004, s.p).¹ Observa-se que o III inciso para o artigo 128 não foi adicionado ao Código Penal atual, pois ainda consta como projeto de lei, entretanto, não impede que a prática de aborto no caso descrito não seja permitida.

Observa-se que o *status* da prática do aborto no Brasil advém de um Código Penal datado de 1940 e que estabelece que o aborto não é punível ou criminalizado apenas em dois casos específicos descritos na lei e também a partir da ADPF 54 no caso de fetos anencéfalos.

Apesar disto representar alguma conquista, ainda há uma dificuldade das mulheres em obterem o acesso ao aborto nestes casos. O aborto inseguro, ou seja, sem assistência médica alguma, é a prática de interrupção de gravidez praticada em larga escala no país. Este

¹ O senador Duciomar Costa (PTB-PA) assim como o senador Mozarildo Cavalcanti (PPS-RR) havia apresentado também um projeto de lei (00183/04) que autorizaria a interrupção da gestação em casos de anencefalia, mas, a seu pedido, o PL foi retirado da CCJ do Senado (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2004).

se mostra um grave problema de saúde pública como declarou a Organização Mundial de Saúde (OMS):

Mais de 250 mil mulheres são internadas todos os anos em hospitais do Sistema Único de Saúde (SUS) em decorrência de complicações após tentativas de aborto. Este número representa 25% dos casos no país, ou seja, cerca de 1 milhão de gestações são interrompidas anualmente de forma voluntária. O aborto é amplamente praticado no país, apesar de proibido por lei. É crime, permitido apenas em casos de violência sexual (estupro) ou risco à vida da mulher. Feito de forma clandestina continua sendo uma das principais causas de morte materna, especialmente entre as mulheres mais pobres. Mesmo tratando-se de um grave problema de saúde pública no Brasil, o tema continua tabu. Debates sobre a descriminalização (ou legalização) do aborto sempre geram polêmica entre duas forças na sociedade: a conservadora, liderada pela Igreja Católica, e a progressista, que tem à frente as feministas (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDO E ASSESSORIA, 2011, s.p).

Observa-se que a ilegalidade da prática no país, imposta judicialmente, impede muitas mulheres quando de uma gravidez indesejada, de frequentarem o médico de uma forma legal, segura e indiscriminada. Tal impedimento coloca em risco a vida humana, que quando não acaba em mortalidade materna, gera insegurança, depressão, ansiedade, arrependimento.

Como ponto de partida nessa discussão sobre o aborto pensado no âmbito jurídico, fez-se necessário recorrer a fontes tais como algumas leis, e também alguns dispositivos constitucionais. A apresentação das legislações brasileiras que trazem dispositivos sobre o aborto (especialmente os códigos penais, lei de contravenção penal, CLT), tem a intenção de perceber a construção da ilegalidade e da criminalização desta prática e quanto nelas revelam questões de gênero. Até porque o discurso jurídico se mostra um campo de disputa entre o feminino e o masculino, entretanto bastante assimétrico, pois segundo Eluf (1993) nele há uma quase exclusividade do olhar masculino sobre as relações de gênero e sexualidade que advém de uma imposição que foi sendo desenvolvida ao longo da história e que vem causando prejuízos a saúde das mulheres, seja pela criminalização e ilegalidade do aborto seja pela culpabilização das mulheres quando estas sofrem estupros. Assim, existe não somente um julgamento moral da mulher que aborta, mas bem como se esta morre ao fazê-lo, uma vez que a sociedade vê como merecimento a perda da vida da mulher por ela ter tentado abortar. Observa-se que a mesma sociedade que isenta na maioria das vezes o homem, que apoiando ou não o aborto, assumindo ou não a paternidade será taxado no máximo como irresponsável, entretanto, julgará a mulher como criminosa.

O diferente bônus de ser mãe e ser pai, apenas é um dos vários exemplos que demonstra como as relações de poder e de gênero são desiguais e violentas e que elas são continuamente reproduzidas e legitimadas pelo poder jurídico. O âmbito judicial acaba por reforçar privilégios e preconceitos quanto ao gênero da pessoa a partir de uma legislação que criminaliza mais enfaticamente as mulheres negando o direito delas de decidir sobre o seu corpo ou de oferecer garantias para um procedimento de saúde seguro como do aborto sem colocar a sua vida e saúde em risco. Segundo Scott (1991) a relação de gênero e de poder estão articuladas, esta última se encontra imersa e permeada na primeira mostrando dessa maneira que gênero é concebido como uma relação de poder e, por conseguinte destampa as desigualdades entre mulheres e homens que foram construídas historicamente.

Todavia, a equidade entre o feminino e o masculino é possível, para isso é preciso o entendimento de que a descriminalização e a legalização do aborto é uma questão de igualdade de gênero e justiça social.

Para tal, o presente artigo apresenta fontes jurídicas, aqui já mencionadas, que são tocantes à prática do aborto e nelas pretende-se analisar que ao serem elaboradas historicamente demonstram como as relações de gênero foram tratadas ao longo do tempo, ou seja, entender o quanto a relação, a construção social e o discurso sobre o feminino com o aborto são vistos até hoje como intrincados e assim justificáveis para a criminalização e ilegalidade de sua prática. O discurso segundo Foucault (1996) é tudo aquilo que escrito ou desenhado, falado ou silenciado, dito ou não dito, produz um efeito, um sentido para as pessoas, pois enquanto uma prática social se expressa como um sistema de dominação e de poder e, que no caso do discurso jurídico, o aborto produz ideias sobre as mulheres.

Nesta perspectiva, é necessário perceber o quão relevante é o papel do jurídico na manutenção de estereótipos de gênero para que o aborto seja ou não descriminalizado seja ou não legalizado, decisão judicial que apesar de permitir em três casos, tem ainda uma posição que causa morte e traz sérios problemas de saúde para as mulheres por recorrerem a clínicas clandestinas devido a sua ilegalidade.

O aborto não foi punido no Brasil até 1830, ano em que o Código Criminal do Império traz pela primeira vez uma disposição específica sobre o tema (FREITAS, 2011). Assim, no período histórico conhecido como Brasil Colônia não havia uma criminalização e punição ao aborto na área jurídica, ainda que houvesse a pregação da extinção das práticas abortivas por parte da Igreja Católica.

Convém mencionar que a história do Brasil se encontra marcada pelas relações entre a Igreja Católica e a coroa portuguesa, como também por heranças advindas da Europa com todo um aparato cultural que tratou de incutir seus habitantes das Colônias de acordo com Pedro (2003) e Freitas (2011). Portugal, um país católico, no período inicial da expansão colonizadora, ocupava um lugar de destaque e de importância no continente europeu e isso colaborava com a resistência à Reforma Protestante que se mostrava uma ameaça para o domínio católico na Europa. “Essa aliança influenciou o processo de colonização no Brasil, que experimentou importante ocupação pelas quatro ordens religiosas mais importantes deste período: os jesuítas, os franciscanos, os carmelitas, e os beneditinos” de acordo com Freitas (2011, p.9).

A preocupação principal da Metrópole portuguesa em relação à Colônia era o preenchimento do vazio demográfico e a da Igreja Católica a questão moral, o que fez com que o aborto obtivesse uma desaprovação tanto pela igreja como pelo Estado por ser uma forma de controle natalidade malthusiano² e por tratar se de algo que inflige à moral e os bons costumes da época. Sendo assim, o ideário em torno da mulher, como afirma Pedro (2003), se baseava na premissa de que elas deveriam “se guardarem” para o casamento a fim de desenvolverem a maternidade. Neste período, a preocupação de central da Igreja Católica em relação ao aborto não estava relacionada à proteção da vida do feto, mas sim as questões morais, a partir da ideia de que a mulher deveria ser domesticada no interior do casamento e cumprir o seu papel de mãe (PRIORE, 1993). Fazer com que as mulheres correspondessem ao padrão ideal materno da época, era uma forma de conseguir delas a submissão aos bons costumes de acordo com a Igreja. Condenar a prática abortiva, não por ser um crime contra a vida³, era uma forma de manter as mulheres distantes de relacionamentos fora do matrimônio e de desejos carnavais, preservando dessa maneira a honra da mulher e da família.

² Thomas Malthus publica a primeira edição do *Ensaio sobre os Princípios da População* em 1798. Na teoria de Malthus, da desproporção entre o crescimento da população e os meios de subsistência, defendia amplamente a contracepção, através de métodos como o uso do condom, pílulas, lavagens, coito interrompido, etc (ROHDEN, 2000, p.227-228).

³ A ideia de início de concepção veio “(...) no início da era cristã, era seguido o preceito antigo, com origem em Aristóteles, de que a alma só ocorria no feto masculino após quarenta dias da concepção, e no feto feminino após noventa dias. Na tradição cristã a alma feminina antecipou-se em dez dias, introduzindo-se após oitentas dias. Esta diferença entre a concepção e a ocorrência de alma estava relacionada com o pressuposto de que ‘nenhuma alma’ poderia ‘viver num corpo não-formado’”. (PEDRO, 2003, p.25). Porém, o momento consumado do “pressuposto de que alma era adquirida no momento da concepção”, somente foi adotado a partir do final do século XIX, completa a autora (PEDRO, 2003, p.26).

O abortamento voluntário ou contraceptivo se mostra presente nos registros históricos do país, desde os primórdios do Brasil Colônia. Segundo Priore (1993), relatos sobre as práticas do aborto já faziam parte dos registros nas primeiras cartas dos Jesuítas, nas quais observavam que tais práticas eram comuns entre as mulheres indígenas. Frente a “esse costume” a Igreja deu início por meio de campanhas como a da “santa Mãe⁴” desde o período colonial de denunciar a prática do aborto como um pecado abominável, que ia contra Deus, além de ser uma antítese do que seria a maternidade.

O aborto é contemplado, pela primeira vez, em legislação específica no Brasil, em 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império, como já indicado. No Capítulo referente aos "Crimes contra a segurança da pessoa e da vida", parte do título “Dos crimes contra a segurança Individual”, aparecem os artigos referentes ao aborto:

TITULO II

Dos crimes contra a segurança Individual

CAPITULO I

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA PESSOA, E VIDA

SECÇÃO II

Infanticídio

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornece com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Se este crime for cometido por medico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes.

Penas – dobradas tempo (BRASIL, 1830, s.p).

Apesar de no Brasil Colônia o aborto não ser tipificado como crime, vigorava uma perseguição à sua prática por meio do poder público e do poder eclesiástico. De acordo com Pedro:

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 criminalizou as práticas de aborto, mas não como o mesmo rigor que se percebe no código de 1890. Enquanto que, no de 1830, não era prevista qualquer pena para o auto- aborto, o de 1890 previu pena de um a cinco anos para a gestante que conseguir abortar voluntariamente (PEDRO, 2003, p.30).

⁴ Campanha desenvolvida em nome da moralização das relações entre os sexos. Os ideais divulgados dessa campanha eram da imagem santificada da figura da mãe que, segundo Pedro (2003), tinha como objetivo a “exigência de regulamentação das relações através do matrimônio e pregava-se a extinção das práticas abortivas e infanticidas” (PEDRO, 2003, p.29).

Pedro (2003, p.30) chama atenção sobre a “diferença que se percebe entre os dois códigos penais.” Essa distinção revela dois fatos interessantes, um deles a dificuldade encontrada em comprovar as práticas abortivas pelas gestantes, tornando assim mais viável a perseguição às aborteiras. O outro, o próprio contexto de elaboração dos Códigos, o de 1830 (o qual era mais tolerante a tal prática) obteve sua aprovação em um contexto de relação entre os gêneros, diferente do de 1890 (constituído de leis mais rigorosas). Nesse período existia uma influência cada vez maior dos conhecimentos da Medicina aplicados na área da justiça, o poder médico adentrava as perícias e esse panorama histórico é retratado por Rohden (2003). “De acordo com M. Del Priori essa ênfase no corpo feminino a partir da maternidade que se intensifica no século XIX, de várias formas, já se encontrava presente no período colonial” (ROHDEN, 2000, p.7).

Observa-se que os Códigos Penais de 1830 e os de 1890 possuem contextos sociais e políticos diferentes e as especificidades de cada período marcaram as práticas institucionais no âmbito do legislativo.

O Código Penal de 1830 foi desenvolvido em um momento de ruptura de condição colonial e de emancipação política. A preocupação com esse rompimento permeava a organização jurídica, assim as concepções de crime e formas de punição expressavam a tensão que existia ao longo do período Imperial. Apesar de algumas novidades na forma de aplicação de penas de prisão em trabalho, havia ainda conservação de castigos corporais a escravos, penas de morte e outros aparatos arcaicos, além do poder de uma elite que se impunha aos mecanismos de cumprimento da ordem e da justiça (FERRAZ JR, 1989).

Já o Código Penal de 1890, gestado na República, estava imerso nos ideais modernos de racionalismo, tecnicismo controle, disciplinamento e normatização, trazidos dos países centrais. Neste período é que o auto aborto passou a ter status de crime (FERRAZ JR, 1989).

O decreto de número 847, de 11 de outubro de 1890, promulga o Código Penal, no qual o aborto aparece da seguinte forma: Título X - Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida - Capítulo IV - Do aborto:

Art. 300. Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: – pena de prisão celular por dois a seis anos.

No segundo caso: – pena de prisão celular por seis meses a um ano.

§ 1º Si em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se a morte da mulher:

Pena – de prisão celular de seis a vinte e quatro anos.

§ 2º Si o aborto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

Art. 301. Provocar aborto com anuência e acordo da gestante:

Pena – de prisão celular por um a cinco anos.

Parágrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime for cometido para ocultar a desonra própria.

Art. 302. Se o médico, ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessário, para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por imperícia ou negligencia:

Pena – de prisão celular por dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação (BRASIL, 1890, s.p).

O Código Penal de 1890, ao mesmo tempo em que trazia avanços ao estabelecer uma clara ruptura em relação às concepções e práticas penais da sociedade escravista, ainda utilizava-se de mecanismos de controle social mais adequado à nova sociedade republicana. Todavia, os problemas criminais detinham envolvimento de juristas e médicos, assim essa nova legislação penal visava o ideal de uma criminologia que forneciam justificativas para um tratamento desigual da maior parte da população brasileira como os menores, as mulheres, os loucos, os negros nos quais não eram aplicados os critérios de igualdade perante a lei, assim, essa parte da sociedade se mostrava excluída da sociedade contratual. Verifica-se que estes paradoxos atravessam igualmente as leis processuais de um período que compreende o início do século XVIII e o final do XIX, que segundo Foucault (1999) é a época da sociedade moderna. Nela há uma demarcação dos procedimentos discursivos e institucionais sobre os corpos dos indivíduos e da população, que servem como um elemento de apoio e articulação para os mais diversos projetos políticos como nas práticas policiais e a reformulação das instituições prisionais que se expressam como grandes instrumentalidades nas relações de poder.

Dessa forma, em um contexto diferente do Código Penal de 1830 do Brasil Império, o Código Penal da República, de 1890, no Título X – “Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida”, revoga a legislação até então vigente, ampliando a imputabilidade nos crimes de aborto. Ao instituir a possibilidade de considerar a própria gestante a autora da infração aborto, prevendo dessa forma a punição para a mulher que praticasse o auto aborto. Porém, o auto-aborto possuía atenuantes, como o fato de ser praticado para ‘ocultar a desonra própria’. Tal questão tendia a diminuir a gravidade do crime reduzindo a pena para a mulher que o praticasse nessas circunstâncias. Introduziu, ainda, o Código Penal da República a noção de

aborto legal ou necessário, ou seja, aquele praticado para salvar a gestante de morte inevitável.

Assim sendo, tanto o Código da República de 1890 quanto o Código Criminal do Império de 1830 dispunham sobre o aborto criminoso. Porém, na República a gestante que praticasse o auto aborto era penalizada, enquanto no Código de 1830, a mulher não era punível (FREITAS, 2011).

Tal forma de criminalização em relação ao aborto se estendeu até o século XX, conforme dispõe o Código Penal de 1940. Diferente em alguns pontos do Código Penal de 1890, o Código Penal atual trata o aborto criminalizando em todas as hipóteses com penalidades que vão até três anos de reclusão, mas extingue a punição se o ato for praticado por médico para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro. Essas são consideradas como hipóteses de aborto legal segundo Freitas (2011), lembrando também que no caso de fetos com anencefalia por meio da ADPF 54 permite uma aplicação social mesmo ainda não sendo lei.

Observa-se que o Estado ainda não criou serviços satisfatórios e totalmente competentes para atender a estes casos previstos pela lei penal. Além de que existe uma resistência moral em discutir o aborto abertamente, dessa forma, a prática abortiva continua sendo praticada clandestinamente, frequentemente, como parte de um cotidiano “secreto” das mulheres. A sociedade brasileira conviveu sem maiores contestações com esta lei até a década de 1970, somente a partir da emergência do movimento feminista contemporâneo que se iniciam os questionamentos relacionados a ela.

Porém, é somente na década de noventa que ocorre uma modificação no âmbito legislativo sobre o aborto por meio de uma proposta aprovada sobre a prática abortiva na área trabalhista. Com a aprovação da Lei 8921/94 há uma alteração no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) na garantia de assegurar o abono das faltas no trabalho em decorrência de abortamento, seja ele espontâneo ou voluntário. O que antes era permitido era o abono somente em casos de aborto espontâneo, considerado não criminoso, após a lei de 1994, também o aborto voluntário garante o afastamento das atividades de serviço da mulher.

Art. 131 - Não será considerada falta ao serviço, para os efeitos do artigo anterior, a ausência do empregado: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977).

I - nos casos referidos no art. 473; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)

II - durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do

salário-maternidade custeado pela Previdência Social; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977 e alterado pela Lei nº 8.921, de 25.7.1994). (...) (BRASIL, 2011, s/p).

No artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho, na Seção V – Da Proteção à Maternidade, consta a expressão “aborto não criminoso”, referente a um aborto espontâneo ou voluntário, considerados as premissas legais, ou seja, os casos previstos no Código Penal vigente (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDO E ASSESSORIA, 2006, p. 28).

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento (BRASIL, 2011, s/p).

Além do embate que há sobre a criminalização do aborto e a luta pela sua descriminalização⁵, existe outra grande discussão posta: a legitimidade, ou não, do aborto, quando a gravidez é consequente de um ato de violência física e também coloca em risco a vida da gestante. Frente a isso existem posicionamentos em relação ao aspecto legal da questão que advém de comentários no campo jurídico sobre o Código Penal de 1940.

Divergências e convergências nos comentários de juristas acerca da prática do aborto

Por meio dos comentários ao Código Penal, enunciados por juristas, é possível perceber as posições e os juízos de valor em relação ao aborto: alguns justificam a lei, mostram seus limites, alguns buscam ocultar as discussões e outros possibilitam abrir caminhos para possíveis mudanças legislativas.

Observa-se que a maneira que o tema do aborto foi discutido, tratado e percebido ao longo do tempo, acarretou também na construção da sua própria criminalização e legalidade, a qual foi marcada por momentos históricos como vistos acima.

Apesar de existirem divergências e convergências nos comentários de juristas acerca da prática do aborto, essas acabam por resumirem-se em meras classificações, tais como aborto provocado por terceiro, aborto necessário⁶ e aborto sentimental⁷.

⁵ Luta expressa tanto pelo movimento feminista como pelos projetos de lei.

⁶ Também chamado de “aborto terapêutico: trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso (NUCCI, 2000, p.554).

O aborto provocado por terceiros ocorre quando uma pessoa contribui, fornecendo material necessário, ou até mesmo auxiliando diretamente na prática abortiva, sendo essa responsável em responder pelo mesmo crime (COSTA JÚNIOR, 1989).

O aborto necessário, segundo Jesus (1989, p.438), ocorre “quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde.” O aborto sentimental, de acordo com o autor, é permitido “se a gravidez é resultante de estupro.”

Não parece haver um consenso entre os comentaristas jurídicos quanto à classificação dos tipos de aborto, pois, além dos já citados, consideram ainda outras categorias. Toma-se como exemplo o que indica Costa Júnior (1989, p.384): “Algumas legislações penais consentem igualmente o aborto dito econômico, destinado a evitar o agravamento da situação social de família numerosa e desprovida de recursos. Trata-se de delito instantâneo e material, que admite a forma tentada.”

Outros comentários se concentram em explicitar as contradições e lacunas jurídicas quando mencionam o aborto. De acordo com Prado (1997, p.455) “o Código Penal brasileiro não define o que se entende por aborto.” E isso faz que possibilite o próprio questionamento da lei, pois faz com que o sistema jurídico se mostre impotente e falho em relação a esse fato social.

Segundo Nucci (2000, p.553) quando se fala do aborto necessário (meio para salvar a vida da gestante em risco ou resultado de um estupro) nenhum direito se mostra absoluto, mesmo esse sendo o direito à vida. Em relação a isso, o autor dialoga com outros teóricos do Direito:

É perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da gestante. Em continuidade a essa ideia, convém mencionar a posição de Alberto Silva Franco, ao dizer não ser constitucional “o sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente.” (Aborto por indicação eugênica, p.12). Há, entretanto, na doutrina posição contrária sustentando a absoluta impossibilidade de ser legitimado o aborto, pois seria ofensa à cláusula pétrea do art.5., que é o direito à vida (Vida Serno Nunes Costa Júnior, Curso de direito constitucional, p.85) (NUCCI, 2000, p.551).

⁷ Dado o nome também de aborto humanitário ou piedoso: em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto (NUCCI, 2000, p.554).

Antes da aprovação da ADPF 54 em 2012, de acordo com Nucci (2000, p.556), mesmo em caso de gestações “monstruosas” (deformada ou de conformação anômala ou de vida relativamente inviável) era assegurada juridicamente a não interrupção de gravidez, pois a “monstruosidade pode ser a mesma e o bem jurídico ‘vida’ também o é.” Isso se devia segundo o autor por que:

É suficiente a vida; não importa o grau da capacidade de viver. Igualmente não importam, para a existência do homicídio, o sexo, a raça, a nacionalidade, a casta, a condição ou valor social da vítima (...) o próprio *monstro* (abandonada antiga distinção entre *ostentum e monstrum*) tem sua existência protegida pela lei penal” (comentários ao Código Penal, v.5, p.37). idem: Noronha (...) entre muitos outros (NUCCI, 2000, p.555).

Assim, também se posiciona o jurista Costa Júnior (1989, p. 358) em seus comentários sobre o Código Penal: qualquer vida humana deve ser protegida, seja de um “recém-nascido seja um monstro, ou uma pessoa humana esteja desenganada por uma junta médica”. Entretanto, o mesmo autor coloca que são as leis altamente restritivas que conduzem a prática de aborto de maneira ilegal e perigosa, e isso faz com que haja um descrédito ao sistema penal jurídico além de reforçar a discriminação e a desigualdade social.

Dentre os comentários jurídicos sobre o aborto, percebemos que quase consensualmente os comentaristas entendem que “a sua criminalização envolve questões extremamente delicadas e de difícil conciliação, existindo, a exemplo do que ocorre com a pena de morte, uma infundável discussão desde os tempos antigos” (DELMANTO, 2007, p.467). O mesmo autor indica a existência de um conflito de ideias:

Há, de um lado, a garantia constitucional da proteção à vida humana, sua concepção, reforçada pelo influxo de valores religiosos (por se estar tratando do maior dos milagres, o surgimento da vida de um novo ser humano), e de outro, questões sociais e de saúde pública, sobretudo em países pobres e em desenvolvimento (uma vez que os auto abortos e os abortos clandestinos geram inúmeras mortes decorrentes de infecções generalizadas nas classes mais humildes, desprovidas de informações acerca de métodos contraceptivos e de planejamento familiar), bem como de proteção da saúde física e psíquica da mulher, do reconhecimento de sua dignidade, livre-arbítrio e autonomia em face de seu próprio corpo (DELMANTO, 2007, p.467).

Podemos perceber assim, com os comentadores jurídicos, que existem dois tipos de aborto consentidos na lei brasileira (mais o outro tipo de aborto permitido pela ADPF-54, o aborto eugênico) o primeiro é o chamado "aborto necessário" que é devido ao fato da mãe

correr risco na gravidez, e havendo dessa forma o conflito entre dois direitos, a saber: o da vida da mãe e o da vida do filho, é facultado à mãe o direito de tirar o filho.

O segundo caso, o chamado "aborto sentimental ou humanitário" é mais complexo, e pode-se até mesmo crer que há um conflito entre a norma constitucional que assegura o direito a vida e a lei penal que aparentemente dele indevidamente dispõe. Trata-se da gravidez resultante de estupro, que segundo o entendimento mais consagrado, gera um conflito de direitos e não de normas, já que o artigo 5 da Constituição, ao assegurar o direito a vida, assegura em pé de igualdade, uma série de outros direitos, dentre eles, o direito à liberdade, que se vê ameaçado por uma gravidez, que antes de ser um ato deliberativo da vida cotidiana, é uma condição que foi outorgada a mulher mediante ato criminoso.

Dessa forma temos no "aborto sentimental", o conflito entre o direito a vida do filho, *versus* o direito da liberdade da mãe; e como ambos estão no mesmo nível no referido artigo, é facultado o aborto à mãe. Estes dois casos se baseiam no instituto do estado de necessidade, quando dois direitos, igualmente legítimos tornam-se mutuamente inconciliáveis.

Existe ainda um terceiro caso, que por ter sido cada vez mais aceito no universo jurídico foi legalizado em 2012 com a ADPF 54, já mencionada no início do artigo. Trata-se do "aborto eugênico", que postula o direito ao aborto em caso de “monstruosidades” e/ou “anencefalia” como nos coloca Costa Júnior (1989) e Nucci (2000). Segundo Cunha (2016) o tema causou grande discussão tanto da jurisprudência quanto da sociedade que, de um lado, principalmente pelos seguidores da doutrina cristã vêem em tal prática um egoísmo que fere a fé e, do outro por meio de motivos sociológicos e emocionais, sem esquecer, dos jurídicos, que em respeito à dignidade humana não vêem uma morte arbitrária e sim o adiantamento da morte do feto que já tem sua vida inviabilizada cientificamente que poupa dessa maneira as gestantes de sofrimento psicológico de gerar um ser que nunca se tornará um ser plenamente vivo.

Considerações finais

Observa-se que vigora na sociedade brasileira uma hierarquia de leis, em que a constituição se mostra acima das leis federais e essas das estaduais e assim por diante. Porém, uma norma quando não tem eficácia plena, como por exemplo, “todos tem direito a vida”, faz com que uma lei (o aborto legal nos dois casos descritos no código penal e mais um terceiro caso a partir da ADPF-54) vá contra outra lei. Assim, devido uma ineficácia plena na sua totalidade, do artigo 5 da Carta Magna em 1988, os incisos da lei que permitem o aborto, fazem com que

ela seja alvo de mais de uma interpretação, abrindo espaço para o questionamento a respeito da validade dessas teorias – se são ou não justas, ou ainda, quais delas devem ser descartadas. Diante do exposto surge conflito de leis no espaço jurídico (do código penal e da constituição), entre aquilo que se deve abrir mão do direito à vida, e ainda que a constituição não pode ser posta de lado por questão de necessidade, legítima defesa amparada pelo código penal.

Ademais, a apresentação dos aspectos significativos dos discursos sobre o aborto constituídos historicamente e que estes estipularam as condições de viabilidade para seu *status* jurídico atual, ou seja, a ilegalidade da prática, salvo exceção nos três casos descritos acima, revela uma questão fundamentada nas relações de gênero. Até porque, os códigos penais e as leis complementares demonstram posições e elementos discursivos sobre o aborto que evidencia uma esfera jurídica que ainda é, mas que foi muito mais marcada em uma posição determinante de que as mulheres possuem finalidade de procriadoras e mães de família. Entender o discurso jurídico atual é buscar o conhecimento de pressupostos que irão circunscrever os valores sociais atribuídos às mulheres que vão sendo realizados ao longo da história e assim dessa forma entender o quanto que eles influenciam na visão que uma determinada sociedade tem do aborto.

E sendo a mulher a agente principal da decisão de abortar, esta tem logo a sua representação social como um aspecto primordial para que jurídico criminalize ou não, legalize ou não aquela que deseja fazer o aborto. Seja por uma representação moral religiosa que sacraliza a maternidade seja pelo incômodo social da mulher ser vista como emancipada e assim tendo o controle de seu próprio corpo, possuindo a autonomia quanto aos seus direitos reprodutivos e sexuais. É demonstrar que tanto o julgamento moral, a ilegalidade e a criminalização do aborto foram e ainda se mostram exclusivamente associados à representação da mulher e assim um poderoso mecanismo de controle mesmo que este não proteja o feto, mas se mostre eficiente de poder sobre a vida da mulher mantendo-a domesticável em uma função restrita de mãe segundo a moral religiosa colonial. Ou ao contrário, que na contemporaneidade sirva como fundamento para um estatuto do nascituro que confere mais que uma proteção do feto, mas de um espectro provido de direitos maiores do que a própria existência das mulheres segundo Diniz (2013).

Enquanto isso, o discurso jurídico provido e junto de um olhar masculino da história como alertam Perrot e Duby (1991) continuam centralizando mais severamente uma punição a mulher e suavizando a criminalização ao homem que não deseja assumir a paternidade ou

mesmo que abandona o filho, o que vem mostrar que ao falar de aborto masculino soa estranho para a maioria das pessoas.⁸

Portanto, entender a complexidade da trama de elementos discursivos envolventes na prática abortiva, e, por conseguinte perceber como ela se apresenta colada na construção social da ideia de mulher, é substancial para dimensionar o quanto são fortes as influências dos contextos científicos, sociais e políticos como também dos valores morais vigentes de uma época que vão atuar assim na criação dos códigos penais brasileiros em relação ao aborto.

Referências

BRASIL. **Código Penal**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.alep.pr.gov.br/system/files/corpo/Con1988br.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2009.

_____. **Código Criminal do Império**. Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 14 abr. 2011.

_____. **Código Criminal da República**. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 16 jun. 2011.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 2011. Disponível em: <<http://sinquisp.tempsite.ws/pdfs/ConsolidacaoLeisTrabalho.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2011.

CAVALCANTI, Mozarildo. **PL 00227/2004**. Brasília, 2004.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDO E ASSESSORIA. **Aborto: debater é legal**. 03 de Maio de 2011. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3535:aborto-debater-e-legal&catid=219:noticias-e-eventos&Itemid=154>. Acesso em: 12 mai. 2011.

_____. **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente**. Brasília: LetrasLivres, 2006.

COSTA, Dulciomar. **PL00183/2004**. Brasília, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Anencefalia: Novo Projeto de Lei pode alterar o Código Penal**. (2004). Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=840:&catid=3>. Acesso em: 20 jun. 2011.

MINISTERIO DA SAÚDE. **20 anos de pesquisas sobre o aborto no Brasil**. Brasília, 2009.

⁸ O aborto masculino foi um termo cunhado pela advogada Melaine McCulley em um artigo publicado em 1998 no qual ela propõe uma teoria que parte de uma proposição que da mesma forma que as mulheres podem escolher e serem responsabilizadas pela prática abortiva, os homens devem ter igualmente os mesmos direitos e deveres (MCCULLEY, 1998).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Aborto espontâneo e provocado**. Genebra, 1990.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código penal**. São Paulo: Saraiva 1989.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Renovar, 2007.

DINIZ, Débora. **O Estatuto do nascituro e o terror**. Entrevista cedida a Ana Paula Galli. In: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde., Disponível em: <http://www.cebes.org.br/internaEditoria.asp?idConteudo=4428&idSubCategoria=30>. Acesso em 14 jun. 2013.

ELUF, Luiza Nagib. O aborto e o Código Penal. In: PINSKY, Jaime. **Brasileiro(a) é assim mesmo: cidadania e preconceito**. São Paulo: Contexto, 1993.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A constituição republicana de 1891**. Revista USP n.09, 1989.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.

_____. **Em Defesa da Sociedade: Cursos do College de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Ângela. **Aborto: guia para profissionais de comunicação**. / Coordenadora Paula Viana; Colaboração Beatriz Galli [et. al.]. Recife: Grupo Curumim, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **O código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MCCULLEY, Melanie G. The male abortion: the putative father's right to terminate his interests in and obligations to the unborn child». **The Journal of Law and Policy** [S.l.: s.n.] VII (1): 1–55, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

PEDRO, Joana Maria. **Práticas Proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.

PERROT, Michelle; DUBY, Georges. **História das Mulheres no Ocidente**. Porto: Afrontamento, 1991.

PRADO, Luiz Regis. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

PRIORE, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia**, Rio de Janeiro: José Olympio. Brasília, DF: Edunb, 1993.

ROHDEN, Fabíola. **Uma Ciência da Diferença: sexo, contracepção e natalidade na medicina da mulher**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social - Museu Nacional - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2000.

_____. **A arte de Enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Recife: SOS Corpo, 1991.