

## 7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

### A INSUSTENTÁVEL ILICITUDE DO ABORTO

DANIELLE ARDAILLON<sup>1</sup>

#### Resumo:

Tratando a questão do aborto tal como está colocada na arena pública, com as características de uma polêmica, em que divergências filosóficas, éticas, políticas, religiosas, culturais e fisiológicas constituem um *différend*, ou seja um litígio sem solução permanente, e de uma zona conflituosa nas relações entre Estado e condição feminina, o artigo apresenta uma análise de processos penais de aborto que visibiliza a quase impossibilidade de comprovação da autoria ou da materialidade desse crime, bem como revela, atrás das ambiguidades da doutrina jurídica, disposições íntimas de ordem socio-cultural, dos atores sociais que julgam esse crime para condená-lo ou absolvê-lo.

**Palavras-chaves:** Aborto, gênero, mulheres, julgamento, Justiça, Código Penal, análise de discurso.

Existe hoje na sociedade brasileira contemporânea um consenso a respeito do aborto: a sua criminalização só estabelece uma ilegalidade para as mulheres pobres, cuja maioria é de raça negra. Falar em "hipocrisia da lei", expressão recorrente em pesquisas de opinião, equivale dizer que há na verdade uma "descriminalização por estratos econômicos", assim expressa por um jovem médico: "(...) Eu, o que me pega pensar é o seguinte: *mulheres que tenham o nível socio-econômico privilegiado, es-*

*sas mulheres resolvem isso...* Existem um milhão de lugares que fazem, em condições de segurança máxima, por um preço caro... É mais ou menos ruim do ponto de vista psicológico, mas a gente não tá falando da morte da mãe (...) Mas isso tudo já merece muita reflexão de por que *a sociedade acaba descriminalizando a prática do aborto por estratos econômicos, porque isso é o que acontece...* A lei diz que não pode, mas de fato, quem tem acesso faz, e quem não tem, corre risco de vida." (grifos meus)

Essa concepção da realidade dos fatos indica que a questão do aborto não se encerra no seu tratamento jurídico. Muito mais ampla, a sua discussão põe em xeque os próprios fundamentos da cidadania moderna.

É preciso pensar na concomitância de uma situação socio-cultural na qual os corpos de homens e mulheres são marcados simbólica e politicamente pelo gênero de maneira assimétrica e hierárquica negando às mulheres uma sexualidade autônoma, e de uma situação socio-econômica em que os corpos femininos (os masculinos também, mas aqui os corpos dos homens pobres não estão em questão) são marcados de maneira desigual pela classe social.

<sup>(1)</sup> Autora de *Quando a vítima é mulher* (com Guita G. Debert, Brasília, CNDM/CEDAC, 1987) e de *O salário da liberdade* (São Paulo, Annablume, 1997).

<sup>(2)</sup> Ver Ardaillon, Danielle. (1997) *Cidadania de corpo inteiro. Discursos sobre o aborto em número e gênero*. Tese de doutorado, Departamento de sociologia, FFLCH, USP, p. 184.

Por que razão, pois, essa desigual ilegalidade ou ainda o estado permanente de ilegalidade tolerada não encontra uma solução mais aceitável pelo conjunto de nossa sociedade? O que está atrás desse grave desconforto social? De que teor é este obstáculo que o movimento de mulheres não consegue encaminhar e resolver de maneira satisfatória? Por que a estimativa de um milhão e meio de abortos praticados por ano, na sua maioria nas piores condições de higiene e de desrespeito à dignidade humana, acarretando mortes e lesões<sup>3</sup> não é um argumento digno de consideração? Por que essa demanda social não é ouvida pelo estado?

Quando se começa a pensar sobre a questão do aborto tal como está colocada na arena pública, ela surge imediatamente com as características de um campo minado, como outras situações-limite (a discussão sobre a pena de morte ou sobre a prática da eutanásia, por exemplo) em que divergências filosóficas, éticas, políticas, religiosas, culturais e fisiológicas constituem verdadeiros *différends*, na definição de Jean-François Lyotard<sup>4</sup>. Os *différends*,

ao contrário dos *litígios*, são conflitos sem solução, são discussões que não chegam a um consenso definitivo, mas a tolerâncias mútuas e provisórias entre os diversos atores sociais.

A meu ver, a análise dessas divergências pode nos ajudar não apenas para desvendar o *différend* do aborto, como para examinar as feições de uma ação estatal contemporânea, presa entre a necessidade de contemplar tanto o reconhecimento de direitos, cada vez mais enunciados e reivindicados, como o atendimento das demandas de uma multiplicidade de grupos de interesse, e ainda a conseqüente e crescente dificuldade em legislar e em marcar os limites entre os domínios público e privado. A demanda de acesso ao aborto constitui sem dúvida uma zona conflituosa na trama das relações entre estado e condição feminina porque ela questiona a própria cidadania.

Sabemos que os chamados direitos humanos dos cidadãos, homens e mulheres, incidem sobre a universalidade da condição humana. Assim quando as feministas se referem ao direito das mulheres sobre o próprio corpo, isto poderia ser entendido como o direito universal à integridade física. Mas o direito individual de dispor do seu corpo, o direito de decidir sobre a sua própria reprodução e, conseqüentemente, o acesso livre ao aborto, é um direito que se exerce sobre um corpo reprodutor, é um direito especificamente originado pelo corpo que tem sexo feminino. Será que este passo "fora" do domínio da universalidade, baseada sobre uma concepção neutra de natureza humana marca o patamar além do qual a ordem social está ameaçada? Para a teoria feminista, esse "humano" é *de facto* o homem, mais ainda, o paradigma do humano é o homem branco, heterossexual, da classe dominante. Nessa mesma ordem de reflexão, será possível falar de direito

(3) Segundo a pesquisa que consta da publicação de The Alan Guttmacher Institute. (1994), *Aborto clandestino: uma realidade latinoamericana*. New York, essa cifra não é uma mensuração real, mas ela reflete as opiniões de todos os especialistas consultados. As estatísticas foram elaboradas a partir do número das hospitalizações; de 1/7 a 1/3, aproximadamente, de mulheres que abortam na clandestinidade são hospitalizadas em consequência.

(4) Lyotard, Jean François. (1983), *Le différend*. Paris, Les Editions de Minuit. O equivalente em português seria "diferença", uma desconformidade, um desacordo. Mantenho *différend* por ser um dos pilares da reflexão de Lyotard sobre a condição do saber nas sociedades ditas pósmodernas, ou seja da incredulidade generalizada nas metanarrativas. Ver também sua discussão sobre linguagem com Richard Rorty em

individual quando se trata da reprodução humana que envolve, direta ou indiretamente, uma mulher e um homem, e a sociedade?

Podemos, num primeiro momento da nossa reflexão, examinar aspectos da relação entre estado, feminismo e o *status* social das mulheres.

O movimento feminista e o chamado movimento de mulheres, ambos intrinsecados<sup>5</sup>, tentam, desde o seu surgimento no Brasil, promover novas "formas de vida". Expressão cara a Habermas<sup>6</sup>, significam maneiras novas de olhar o mundo, tanto através da conscientização das próprias mulheres a respeito da ordem de gênero hierarquizada na qual estão vivendo, quanto pela obtenção por parte do estado de instrumentos burocrático-jurídicos: leis diferentes e instituições específicas. Nesse processo esses movimentos têm revelado tanto as suas ambigüidades quanto a sua capacidade de evoluir e rever os seus argumentos.

(1993), *Moralités postmodernes*, Paris, Galilée, p. 111-131.

<sup>(5)</sup> É no contexto político de ditadura militar, a partir de 1972, que surgem mobilizações de mulheres brasileiras unidas para reivindicar para suas famílias e para elas mesmas direitos elementares que se encontravam ameaçados por formas múltiplas de opressão. Clubes de Mães e Associações de Donas de Casa precederam a existência de grupos feministas de conscientização, surgiram como espaços de mobilização nos quais as mulheres tornaram seus discursos e suas ações legítimos por serem "mães". Esse Movimento de Mulheres de contestação social e econômica, e o Movimento Feminista de contestação cultural, constituído, no seu início, por ex-militantes de organizações políticas, são espaços de mobilização política diferentes com influências recíprocas e constantes.

<sup>(6)</sup> Ver Habermas, Jürgen. <1985> (1987), "A Nova Intransparência." *Novos Estudos CEBRAP* 18:103-115.

A teoria feminista divide-se na própria interpretação da desigualdade social entre os sexos. De um lado, ao interpretar o gênero como uma questão de desigualdade, e portanto quando considera a igualdade como questão central, o feminismo sempre reivindicou leis capazes de estabelecer uma igualdade entre os sexos, procurando assim uma neutralidade de gênero ou uma proteção especial, muitas vezes denominada discriminação positiva. É a corrente liberal do feminismo. Considerando o estado como uma entidade neutra, arbitrando interesses em conflito, ele é visto como um instrumento de promoção da melhoria de condição das mulheres. Neste caso a estratégia feminista é reformar as leis de modo a torná-las menos sexistas, ou então mudar as atitudes da burocracia estatal para torná-la consciente das assimetrias nas relações de gênero e da especificidade da condição feminina.

Por outro lado, quando o gênero é considerado como uma questão de dominação do sexo masculino sobre o sexo feminino, como no caso da corrente radical do movimento feminista, o estado é visto como um instrumento repressor nas mãos dos homens. Em termos um pouco diferentes dessa corrente radical, a corrente marxista do feminismo considera também o estado como um instrumento repressor nas mãos dos homens e da burguesia branca. Estruturado por múltiplas desigualdades entre gêneros, raças e classes, esse estado constitui coercitiva e autoritariamente uma ordem masculina graças às suas normas legitimadas e às suas políticas substantivas. Ele autoriza o controle das mulheres pelos homens em todos os níveis, particularmente na sua sexualidade.

As ambivalências recíprocas do comportamento do movimento de mulheres em relação ao estado e da ação estatal

em relação à melhoria da condição feminina expressam o duplo dilema a respeito do estado. De um lado gerente de uma sociedade complexa, ele desenvolve obrigatoriamente instrumentos de controle e de cooptação quando, concomitantemente, há um espaço legal aberto pelas liberdades civis. Do lado do movimento, à medida que ele consegue algum instrumento burocrático-jurídico específico, a sua tentativa conseqüente de resolução política de desigualdades entre os sexos que requerem uma expressão legal específica, redesenham a prática da cidadania feminina. O certo é que o estado, por sua vez, habitado por interesses político-burocráticos divergentes, enfrenta a heterogeneidade das demandas vindas da sociedade com dificuldades renovadas a cada governo.

Até o final dos anos 70, a posição do governo brasileiro em relação à mulher era aquela de condenar formalmente a discriminação baseada em sexo. Com a inauguração da Década Internacional da Mulher, em 1975, concomitantemente com o processo de abertura política e redemocratização, a ação conjugada do movimento feminista, dos movimentos urbanos e rurais dirigidos por mulheres, e dos partidos políticos provocou a "politização do gênero (...) processo pelo qual questões anteriormente consideradas pessoais ou privadas tornam-se questões políticas", levando portanto ao desenvolvimento de uma ação estatal crescente em relação à então chamada "Questão da Mulher". A violência conjugal, a necessidade de creches, o livre acesso à contracepção, a sexualidade autônoma etc..., tornaram-se questões políticas.

A ação governamental em resposta a essas demandas veio a partir do início dos anos 80, e até 95 ela consistiu na construção de creches municipais, na elaboração do Plano de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), na criação dos Conselhos de Defesa dos Direitos da Mulher (nacional, estaduais e municipais) e das Delegacias de Defesa da Mulher, nas inovações relativas aos Direitos das Mulheres constando da Constituição de 1988 e na assinatura de compromissos internacionais em prol dos direitos das mulheres.

Foi sem dúvida através dessas instituições que as demandas das mulheres penetraram a área governamental, e que o discurso feminista se consolidou ao se tornar público. Em poucos anos, formou-se um corpo de falas de diversos tipos: sobre necessidades, direitos e interesse das mulheres. Além da difusão desse corpo de argumentos houve, de fato, várias conquistas em termos de políticas substantivas como também desalentos. O texto da Constituição brasileira de 1988 por exemplo, apesar de grandes mudanças introduzidas em benefício da melhoria do status da mulher, foi revelador também dos limites dos direitos da mulher, e de sua cidadania, ao não registrar a demanda de autonomia no âmbito da reprodução.

Essas ações no domínio estatal estão longe de ter assegurado à mulher brasileira igualdade de status com o homem brasileiro. Até que ponto o estado continua lidando com "indivíduos", com "seres humanos" ou mesmo "cidadãos", todos eles descorporificados, e não com "indivíduos-femininos" e "indivíduos masculinos"? Atua ela realmente no reconhecimento de uma mulher plenamente cidadã? Certamente não quando examinamos a questão do aborto, zona particularmente conflituosa dessa relação entre Estado e condição feminina.

(7) Ver Alvarez, Sonia. (1989), "Politicizing gender and engendering democracy", in: A. Stepan (ed.) *Democratizing Brazil*. New York, Oxford, Oxford University Press, p. 205.

O segundo passo que amplia a discussão da questão do aborto é o exame da relação entre o estado e o corpo das mulheres.

Ao definir uma política, o estado dá forma à clientela dessa política e regula a sua relação com ela. Ao fazer isto, ele abre um campo de relações de poder: controles, fiscalizações, dominação. Embora este seja um processo geral para todos os clientes da burocracia estatal, ele não atinge pobres, mulheres, homens, operários ou empresários da mesma maneira. É portanto preciso qualificar melhor as políticas, tais como se apresentam neste momento histórico. No que diz respeito às políticas voltadas para as mulheres, pode-se estabelecer, atualmente, uma distinção entre políticas e... "Políticas".

As primeiras se referem a tudo aquilo sobre o que é aparentemente mais fácil legislar. São aquelas que requerem negociações menos custosas entre estado e sociedade civil. Elas atuam na compensação de desigualdades (salários iguais para as mesmas funções ou acesso à propriedade) que tornam as mulheres mais iguais aos homens, *mulheres-homens*. Uma vez sancionadas, essas leis são raramente questionadas, embora possam não ser respeitadas ao pé da letra, como costuma ocorrer com muitas leis.

As outras são aquelas "Políticas" que visam o respeito daquilo que os indivíduos femininos designam hoje como um espaço de autonomia e são objetos de debates acirrados no seio da sociedade. Enfim, quando eventualmente sancionadas, as leis que as promulgam permanecem questionadas, incessantemente recolocadas em discussão. A descriminalização do aborto (ou sua legalização), a criminalização da violência conjugal, a revisão da legislação sobre o estupro, a regulação da prostituição ou da pornografia são exemplos dessas "Políticas". A maior parte delas trata da sexualidade

feminina e define um campo peculiar, uma situação limite da ação do estado sobre aquilo que é, para as *mulheres-mulheres*, o bastião dos limites entre público e privado, o seu corpo. É essa qualidade que torna essas Políticas particularmente polêmicas.

É também no que diz respeito a essas "Políticas" que se pode observar as ambivalências do movimento feminista a respeito da intervenção do estado na área das relações conjugais e familiares. Por exemplo, quando ele exige a criminalização do abuso sexual das crianças no seio da família, a criminalização do estupro conjugal e quando, ao mesmo tempo, requer a descriminalização do aborto. Parece haver frestas na concepção do privado, particularmente no domínio da reprodução. Introduzir a questão da diferença dos corpos e particularmente de suas sexualidades no seio das leis não é simples. Isto indica a necessidade de pesquisar, conjuntamente, as concepções que a nossa sociedade refere no que diz respeito ao corpo.

Embora uma reflexão maior ultrapasse o âmbito deste artigo, podemos indagar. O que é o corpo senão uma construção simbólica? Como tudo mais o que conhecemos, ele sempre existe sob alguma forma de discurso. Tão presente no imaginário das sociedades ocidentais e tão ausente de suas pesquisas sociológicas, o corpo feminino foi uma das primeiras reconquistas das feministas<sup>8</sup> sobre a sua histerização<sup>9</sup> e

(8) Lembro os seguintes trabalhos: Boston Women's Health Book Collective. (1973), *Our Bodies, Our Selves*. New York: Simon and Schuster; Ehrenreich, B. & D. English. (1973), *Complaints and Disorders: The Sexual Politics of Sickness*. Old Westbury, New York: The Feminist Press; Ehrenreich, B. (1978), *For Her Own Good: 150 Years of the Experts' Advice to Women*. New York: Doubleday.

(9) Além da "sexualização da criança", do "controle dos nascimentos" e da "psiquia-

a tecno-medicalização. O corpo das mulheres foi controlado desde sempre e em toda parte, por ser, mais do que o corpo dos homens, o *locus* da reprodução. É por isso, talvez, que, na nossa sociedade como em outras, o direito de abortar, essa autonomia de um indivíduo feminino sobre o processo de reprodução, parece simbolizar uma subversão extrema, inaceitável. Quando se fala na contracepção e no aborto livre como na possibilidade das mulheres controlarem sua fertilidade, ou serem mãe “se, e quando quiserem”, é evidente que por “devolverem (à mulher) aquele papel impossível, o de ser mulher (apenas)”<sup>10</sup>, essas duas práticas abrem a perspectiva de uma mudança do status social da mulher, e portanto das relações sociais entre os sexos.

Indiquei acima que uma das facetas fundamentais da questão do aborto é que o acesso livre ao aborto é a expressão do direito individual emanado de um corpo reprodutor, é um direito especificamente originado pelo corpo que tem sexo feminino. Considerar o acesso ao aborto dessa maneira abre um precedente “fora” do domínio da universalidade, baseada sobre uma concepção neutra de natureza humana. Outro precedente não menos importante é falar de direito individual quando se trata da reprodução humana, embora estejamos vivendo numa época em que os novos modos de reprodução humana, como a fertilização *in vitro* por exemplo, não

precisam de relação sexual, *não relacionam indivíduos*, apenas células.

Nos anos 70, dentro da ampla movimentação social de reivindicação de direitos, o direito ao aborto foi alvo de um intenso debate político nos países ocidentais<sup>11</sup> e acabou sendo regulamentado na maior parte deles através de legislações mais ou menos limitantes<sup>12</sup>. Em outros países como a Índia, o Japão ou a China, o livre acesso ao aborto (até mesmo a coerção) é uma questão de controle populacional, e não de “direito da mulher a dispor do seu corpo”. Nos anos 80, ampliou-se o debate, não apenas geograficamente, como dentro da própria temática. Com o rápido desenvolvimento da biologia (mapas genéticos, engenharia genética, clonagens) e das tecnologias médicas de assistência à procriação (fertilização *in vitro*, transplante de embriões), ou à gravidez (terapia fetal), há hoje uma discussão internacional, travada em várias associações, não somente sobre os direitos reprodutivos, como sobre a própria condição humana.

trização das perversões”, a “histerização das mulheres” através de “medicalização minuciosa do seu corpo e do seu sexo” foi, segundo Michel Foucault (1976), *Histoire de la sexualité. I: La volonté de savoir*. Paris, Gallimard, p. 193), uma das “quatro grandes linhas de ataque ao longo das quais vem atuando a política do sexo há dois séculos”.

(10) Ver Irigaray, Luce. (1977), *Ce sexe qui n'en est pas un*. Paris, Les Éditions de Minuit, p. 80.

(11) O controle da população como de sua reprodução foi sempre uma preocupação dos estados organizados, desde o Império Romano. É uma atenção constante que, entretanto, adquire feições variadas através da história, dependendo das necessidades produtivas dos estados. Para a lei romana, por exemplo, o aborto não era crime, nos Estados Unidos, ele passou a ser proibido entre 1860 e 1870, na França ele foi penalizado com a pena de morte a partir de 1920, após a sangria da Primeira Guerra Mundial. No Brasil, as leis do Reino já o condenavam, reforçadas pela ação incansável da Igreja. Sobre isso, ver Del Priore, Mary. (1993), *Ao Sul do corpo*. Rio de Janeiro, José Olympio; Brasília, Edunb, p. 296.

(12) Ver Cook, Rebecca J. (1990), *Leis e políticas sobre o aborto: desafios e oportunidades*. São Paulo, Conselho Estadual da Condição Feminina/International Women's Health Coalition.

Entretanto, apesar dessa difusão e da disponibilidade de uma ampla experiência sobre os prós e contras da sua prática, o aborto é sempre recolocado em questão, sua descriminalização não encerra o debate. E o que intriga não é apenas o fato de ser uma questão muito controvertida, um verdadeiro *différend*, mas é o seu extraordinário potencial polarizador em termos políticos. Nos Estados Unidos, o debate sobre o aborto que, desde 1989, tem confrontado incessantemente os defensores “pro-escolha” e os defensores “pro-vida”, está dividindo toda a sociedade americana e é assunto obrigatório das campanhas políticas.

Abordarei agora rapidamente o *différend* do aborto no Brasil para entrar a seguir no domínio jurídico propriamente dito. Meu argumento geral é que a cultura política brasileira rechaça radicalismos ou melhor dito, tem tendência em contorná-los através de soluções pragmáticas que procuram adaptar a lei aos fatos, aos poucos, enquanto o debate público exorciza o desconforto social. O caso das sentenças judiciais dadas para autorizar abortos caridosos em caso de graves anomalias fetais são exemplos dessas “soluções adaptativas” dadas a um aspecto do *différend* do aborto.

Sociedades diferentes politizam um tema espinhoso de maneira e em momentos diferentes, justamente porque há, em cada uma delas, uma multiplicidade de discursos organizados sobre o tema e, portanto, uma multiplicação de saberes e poderes que dificultam as possibilidades de consenso. Para a filosofia racionalista, pessoas (ou grupos de pessoas) divergem entre si quando algumas delas estão “erradas” na opinião das outras. A linguagem da razão será capaz de dissolver as divergências. O ponto de vista de cada pessoa em litígio pode ser traduzido “nessa linguagem

(racional universal), e essa tradução torna visível aquilo que há de errôneo no ponto de vista particular.”<sup>13</sup> Dessa maneira, chega-se ao consenso. Obtém-se um assentimento por convicção. Numa sociedade como a nossa onde a componente comunicacional é evidente e a cada dia “mais evidente como realidade e como problema, é certo que o aspecto linguagem toma uma nova importância.”<sup>14</sup>

A polêmica ao redor da interrupção da gravidez compõe-se de coisas ditas em diferentes contextos, para públicos distintos e por autores variados. Ela é um vasto discurso sobre os limites entre a ação do estado e os direitos individuais, sobre a autonomia da sexualidade feminina e a cidadania das mulheres, sobre o controle da sociedade sobre o corpo da mulher e sobre a reprodução, sobre vida e sobre morte. Trata-se de um conjunto de enunciados diferenciados de diversos atores sociais, dentro de diferentes campos sociais (judicial, religioso, médico, feminista, biológico etc.). Esses grupos de enunciados são dos mais diversos. Falam a respeito da definição do aborto; do momento em que a vida começa; do momento em que a alma se manifesta; da moralidade do aborto; do papel da mulher na família; de valores éticos etc.

Os diferentes atores sociais (médicos, juristas, católicos) comunicam num diálogo/conversa/debate constante (através de enunciados de determinado caráter, mais radical ou não), no seu próprio campo e fora dele, o que resulta num “polilogo” entre diferentes vocabulários que se enriquecem e se transfor-

(13) Ver Lyotard, Jean François. (1993), *Moralités postmodernes*. Paris, Galilée, p. 113.

(14) Ver Lyotard, Jean François (1979), *La condition postmoderne*. Paris, Les éditions de Minuit, p. 32.

mam. Nessa constante "conversa ampliada" tanto interna, intra-campo, como externa, inter-campos, irrompem conflitos que trazem novos recursos discursivos, os quais relançam o debate num novo patamar.

Para Nancy Fraser<sup>15</sup>, essa justaposição de falas é uma característica da cultura política em sociedades capitalistas desenvolvidas. Para ela, há um idioma específico no qual os conflitos políticos são evidenciados e através do qual as desigualdades são elaboradas simbolicamente e postas em cheque. Os argumentos desse tipo de debate e a dinâmica do próprio debate revelam explicitamente que democracia e que modernidade a sociedade pratica e a cultura autoriza.

No Brasil das últimas décadas, entre 1968 e 1995, não se pode dizer que o aborto tenha sido um tema sobre o qual a imprensa<sup>16</sup> não tenha falado. Num quadro de democratização crescente das relações sociais, uma periodização do debate parece se impor. Até 1975, o aborto é um "drama social" da pobreza, uma questão de saúde pública essencialmente. A partir de 1975 a demanda em favor da legalização do aborto por parte das feministas torna-se a dominante do discurso geral. Aos poucos, as demandas feministas se concentram na área do

legislativo, visando uma reforma do Código Penal. Que seja para propiciar a regulamentação de novos permissivos legais como querem umas, ou a sua completa descriminalização, como preferem outras, é a "norma" que se quer modificar.

Na época dos trabalhos da Constituinte, entre 1986 e 1988, a questão do aborto foi politizada de vez e a questão de sua descriminalização foi trazida para o debate nacional a respeito da proteção da vida dos cidadãos, cidadania que correntes conservadoras queriam definir "desde a concepção". Na época, o "lobby do batom" das mulheres, articuladas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, mostrou a sua capacidade de mobilização e conseguiu vencer os argumentos que privilegiavam a moralidade da vida privada e declaravam o feminismo "anti-cristão"<sup>17</sup>. O debate ocorrido evidenciou um "polílogo" entre diferentes demandas, um jogo entre diversos vocabulários, e acabou resultando na abertura de alguns espaços de autonomia para a sexualidade, senão das mulheres, pelo menos dos casais. Por exemplo, no capítulo VII da atual Constituição, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso", o art. 226 declara o planejamento familiar como "livre decisão do casal", reconhecendo assim alguma privacidade no âmbito da reprodução, o que não significa na prática, devido às normas culturais atuantes, uma real igualdade decisória entre cidadãos de sexos diferentes. A demanda feminista de legalização do aborto não foi ouvida pelos políticos.

Em meados de 89, a TV-Manchete apresentou um debate entre os candida-

(15) (1989), "Talking about needs: interpretive contests as political conflicts in welfare-state societies." *Ethics*, 99 (2):291-314, p. 291.

(16) Num outro trabalho, analisei um conjunto significativo de artigos da imprensa brasileira e estrangeira. Resultados parciais dessa pesquisa foram publicados em: Ardaillon, Danielle. (1996) "L'avortement dans la presse brésilienne 1968-1994", in: Bérénice Marques-Pereira e Alain Carrier (coord.), *La citoyenneté sociale des femmes au Brésil. Action collective, reproduction, informalité et domesticité*. Paris, L'Harmattan, Unesco e Université Libre de Bruxelles.

(17) Ver Pierucci, Antônio Flávio. (1989), "Representantes de Deus em Brasília: A bancada evangélica na Constituinte", *Ciências Sociais Hoje*, ANPOCS.

tos às eleições presidenciais sobre questões ligadas aos direitos das mulheres. Os candidatos reafirmaram os compromissos dos seus partidos com a defesa dos direitos da mulher "em geral". A questão da legalização do aborto, entretanto, esse ardil, não foi abordada pelos candidatos como homens de partidos e sim *individualmente* como "homens casados", como "simples cidadãos" ou como "cristãos". Essa questão *política* para as mulheres continua tratada, pela maior parte dos representantes dos partidos políticos, apenas como questão de consciência e de foro "íntimo". Ora, existe uma lei que proíbe o aborto! Se os políticos consideram a questão como sendo "de consciência", se é na consciência que reside a ilicitude daquele ato, a que serve a lei?

Após a promulgação da Constituição de 1988, o discurso sobre a necessidade de reformar o Código Penal vai justificar as pressões sobre o sistema judiciário ao mesmo tempo em que vai se desenhando paulatinamente uma tendência a incluir a demanda de acesso ao aborto no espectro de direitos reprodutivos. Além do surgimento de novos atores sociais como as Católicas pelo Direito de Decidir, favoráveis à livre opção pelo aborto, começa a discussão da questão do direito à saúde reprodutiva a propósito da preparação da Conferência Mundial da População e do Desenvolvimento do Cairo<sup>18</sup>, prevista para setem-

bro de 1994. A construção do conceito de saúde reprodutiva e de direitos reprodutivos foi se aperfeiçoando paralelamente ao, e por causa do, debate público sobre o aborto. A mudança de foco da saúde pública para a saúde reprodutiva foi a mudança conceitual de um direito social à saúde dificilmente associável a um direito individual ao corpo reprodutor, para um novo conceito de direitos, os direitos reprodutivos, que expressam o direito à autonomia no âmbito da reprodução humana, promovendo a diferença no seio da universalidade dos direitos humanos.

De 1994 até hoje os embates continuam. Os assaltos contra o atual ordenamento legal evidenciaram as fissuras do próprio campo do judiciário. De fato, o debate público tornou-se inais vibrante com as revelações de prática de aborto por parte de respeitados profissionais médicos, particularmente quando um deles, defensor contumaz do alargamento dos permissivos da lei para fetos portadores de anomalias, relatou ter feito "cinco abortos deste tipo desde 92, todos com autorizações judiciais" (*Folha de S. Paulo*, 24.06.1994), confirmando a obtenção de sentenças favoráveis de juizes em casos proibidos por lei. Advogados insurgem-se contra as sentenças *contra-legendas*, "lixo hospitalar humano" diz o advogado Ives Gandra da Silva Martins (*Folha de S. Paulo*, 08.08.1994), "a favor da vida, contra o

(18) O Encontro Nacional "Mulher e População Nossos direitos para Cairo'94", realizado no Congresso Nacional em 28.09.1993, aprovou a *Carta de Brasília* ((1993) Conclusão do Encontro nacional "Mulher e População Nossos direitos para Cairo '94". Brasília), (assinada por 312 mulheres representantes dos mais variados segmentos da população) e o entregou aos representantes do Itamaraty para que as propostas do governo brasileiro no Cairo fossem convergentes com as propostas das mulheres brasileiras. Pela pri-

meira vez, o governo brasileiro mostrou independência em relação à posição da Igreja Católica, levando à Conferência Mundial do Cairo uma linha favorável aos direitos reprodutivos das mulheres, com uma "percepção realista das necessidades das adolescentes e uma visão flexível quanto à família" e a visão do aborto como um problema de saúde pública, segundo palavras da representante do Itamaraty durante um seminário organizado pela Comissão de Cidadania e Reprodução em agosto de 1994.

aborto” diz o advogado Celso Bastos Ribeiro (*Folha de S. Paulo*, 20.08.1994).

Embora filtrado pelo crivo editorial, o embate das demandas da sociedade tal como captado atualmente pela imprensa favorece o exercício da democracia e evidencia as fraquezas dos fundamentalismos. A ilicitude do aborto perdeu muito da sua sustentação.

Examinando a seguir alguns aspectos do discurso jurídico, um dos discursos constituintes da polêmica pública sobre o aborto. Deter-me-ei em particularidades dos processos de aborto tanto na abertura dos inquéritos como no próprio julgamento.

Sabemos que o sistema normativo propõe a manutenção da ordem social ao defender a liberdade de indivíduos considerados iguais perante a lei. Que tipo de ordem social é esta? Que modelo de estrutura social? Por exemplo, quando o estado proíbe o aborto, que só é praticado por mulheres, ele procura proteger e defender o quê ou quem exatamente? Se apenas a sexualidade das mulheres, que deveria ser mais uma das expressões de sua autonomia, é regulada, censurada, e penalizada até à morte, podemos supor que há algum interesse do estado, intenção política portanto, em sancionar a assimetria das relações entre homens e mulheres, e consequentemente uma ordem de gênero desigual.

Nessas circunstâncias, é importante saber que o aborto é de fato<sup>19</sup> um crime raramente punido quando as acusadas

são as gestantes, levemente penalizado no caso das “parteiras”, “enfermeiras” e outros agentes e, surpreendentemente, pouco punido mesmo quando esses mesmos agentes provocam a morte das gestantes. Não se trata de uma simples impunidade resultante de desleixo e descaso. Pelo contrário, há um paradoxo que merece atenção. Há no caso do aborto um enorme investimento social na sua proibição (leis, polícia, prisões), associado à pouca insistência na sua penalização de fato. Essa constatação autoriza a hipótese de que a sua punição não interessa realmente à sociedade.

O estado habitado por esse paradoxo (persegue e maltrata mas não pune) não é algo abstrato, ele é na verdade um grande complexo de relações sociais entre cidadãos, relações de poder sem dúvida, mas que, como outras, podem ser modificadas. É com esse entendimento das instituições habitadas por pessoas que orientam suas vidas por valores culturais sujeitos a mudanças e a reinterpretações positivas que prossigo na minha reflexão sobre a área da Justiça e do poder Judiciário.

“Justiça” é comumente sinônimo do conjunto de organizações que constituem um sistema: a Polícia Civil, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Ela é uma arena cultural e política: normas e valores culturais inspiram a regulamentação das leis, relações de poder se constituem ou se desfazem no momento da aplicação das mesmas. Por ser aquele que decide por último se a norma foi ou não infringida, onde está o mal e onde está o bem, o Juiz é uma figura carregada de simbolismo. Assim, quando eu usar “Justiça”, me refiro a essa arena mais ampla, a essa “comunidade de interesses”<sup>20</sup>, e particularmente a esse conjunto

(19) Resultados parciais da minha pesquisa sobre processos penais de aborto foram publicados em: Ardaillon, Danielle. (1994), “O aborto no judiciário: uma lei que justiça a vítima”, in: Cristina Bruschini e Bila Sorj (ed.), *Novos olhares: mulheres e relações de gênero no Brasil*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas/Marco Zero.

(20) Ver Saporì, Luís Flávio. (1995), “A administração da justiça criminal numa área

de organizações e/ou atores legais que atua numa "acentuada divisão de trabalho, com a definição de diferentes funções corporificadas em distintos papéis organizacionais"<sup>21</sup>.

Na Justiça impera o formalismo, a justiça criminal, por exemplo, é administrada por regras estritas definidas pelo Código de Processo Penal (CPP). É na arena da justiça criminal que o estado se manifesta em relação ao crime de aborto: é o texto da lei e as suas interpretações que o definem como crime. Embora as leis sejam produzidas no âmbito do Congresso Nacional, cabe às diversas instâncias do Poder Judiciário determinar os limites de sua vigência e fazer respeitá-los para o cumprimento da regra de direito. Em outros termos, o Poder Judiciário é ao mesmo tempo parte integrante do estado, garante do seu funcionamento pela distribuição regulamentada do mando através de sua burocracia e árbitro do seu relacionamento com a sociedade dentro da legalidade.

Foi no Tribunal de Júri do Fórum Regional de Pinheiros, criado em 1987, que iniciei o levantamento de processos de aborto. Lá, após exame do fichário, foram relacionados cerca de 27 inquéritos policiais arquivados entre 1988 e 1992, e 4 processos julgados, entre os quais escolhi 9 casos, com a única preocupação que fossem de anos diferentes. Desde logo, chamou a minha atenção o fato da maior parte dos processos de aborto consistirem apenas de inquéritos policiais arquivados. Isto significava que os inquéritos policiais não haviam conseguido reunir um conjunto de indícios comprobatórios suficientes para embasar a denúncia do

promotor e acarretar a aceitação desta pelo juiz para que a ação penal pudesse prosseguir. Em todo caso eram importantes para entender melhor a sistemática de sua instauração e do seu andamento.

O segundo Tribunal do Júri pesquisado foi aquele do Fórum de Santo Amaro. Com o mesmo processo de coleta de processos denominados nas fichas como sendo de "aborto" foram escolhidos 13 processos. Na entrega dos xerox, porém, verifiquei que eram todos de fato "inquéritos arquivados". Uma olhada rápida mostrou tratar-se, na sua maioria, de averiguações a respeito de "encontros de feto", qualificados pela Polícia como "abortos". Entendi que no âmbito policial-judiciário a palavra "aborto" cobre várias realidades. Até àquela altura, os processos levantados compreendiam inquéritos policiais arquivados e também processos com sentenças de "Impronúncia", os quais, portanto, não tinham passado tampouco pelo julgamento do Júri Popular. Essa ausência de julgamento permitia uma primeira hipótese de que existia algo no crime de aborto que dificultava o seu tratamento jurídico. Impunha-se verificar, com um levantamento numérico mais preciso se esta tendência podia ser constatada por um período de tempo maior, já que esses dois Tribunais do Júri atuavam havia poucos anos. O Tribunal do Júri do Fórum de Jabaquara foi então escolhido para pesquisar os processos de aborto que nele tramitaram nas décadas de 70 e 80.

Recenceei um total de 765 decisões<sup>22</sup> no decorrer de 20 anos, entre 1970 e

metropolitana". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 10 (29): 143-159, out., p. 144.

(21) Idem, p. 143.

(22) Essas informações carecem de precisão, elas indicam tendências. Os registros são feitos à mão, por escrivães diferentes, em momentos diferentes e não obedecem a um modelo de registro padronizado. Cada escrivão registra como bem entender. Por exemplo, as decisões sobre os eventuais

1989. Nota-se imediatamente a pequena percentagem de condenações pelo Júri, 32 casos, perfazendo 4%. Somando as condenações (32) mais as absolvições (64 pelo Júri e 6 sumárias), vê-se que apenas 13% dos casos foram a julgamento, o que indica que em 87% dos casos não foi possível a “configuração delitiva”, ou seja, não foi possível reunir os elementos que comprovassem a existência do crime de aborto. Do total de casos, 503 ou seja 53%, não foram a julgamento, são os inquéritos policiais arquivados, indicando que mais da metade das suspeitas de aborto não conseguem ser comprovadas. Finalmente, contei 180 (24%) de casos que pertencem à categoria “outras”, em que houve na sua maioria extinção de punibilidade. Sob essa denominação estão os casos em que o acusado faleceu ou ainda em que houve prescrição em vista do excessivo tempo decorrido desde a ocorrência do crime.

Ao final da coleta, prontos para a análise estavam os documentos essenciais de 43 processos ditos de “aborto”, todos da Capital, e 117 acórdãos de recursos opostos em processos de diversas Comarcas do Estado de São Paulo, encontrados na *Revista dos Tribunais* (doravante *RT*) do início de 1970 até o início de 1992.

No Código Penal brasileiro<sup>23</sup>, o conceito de aborto voluntário, provocado

recursos raramente são completas porque o espaço do registro é insuficiente para inscrevê-los e nesse caso a escrita toma rumos enfiados e ondulados na tentativa de cumprir a tarefa; a referência ao número dos artigos do Código Penal é imprecisa; e, muito mais grave, nos casos de processos com vários réus é muito difícil saber as decisões finais em cada caso. Em alguns casos, há o registro de absolvição ou de condenação, mas sem especificar de quem.

(23) O Código Penal referido é o texto vigente desde 1940 (Dec.-lei n. 2.848, de

voluntariamente, é descrito e qualificado como prática, como um ato executado sobre si mesma, pela própria gestante, ou por outrem, com ou sem o seu consentimento.

O texto legal define o crime como sendo:

“Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção de um a três anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de um a quatro anos.

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

“Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão de três a dez anos.”

Consentir e não consentir são portanto elementos relevantes para a maior ou menor penalização do crime. As penas podem ser aumentadas se o aborto resultar em lesões ou até mesmo na morte da gestante:

“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.”

07.12.1940). A “Parte Geral” deste Código que orienta a aplicação da lei penal foi modificada em 1984. Entretanto a “Parte Especial” que especifica e classifica os crimes, entre eles o aborto, continua intacta. Até fevereiro de 1998, o anteprojeto de reforma dessa Parte Especial não havia sido votado pelo Congresso Nacional.

A lei vigente não penaliza o aborto em apenas duas circunstâncias:

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

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

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

Todos os crimes podem perder do seu caráter doloso ou culposos em algumas circunstâncias e são então considerados como “excessos” dolosos ou culposos. O art. 23 da Parte Geral do Código Penal, no seu Título II, “Do Crime”, define o conceito de “exclusão de ilicitude” em três casos. Há ausência de crime quando quem o pratica tem razões superiores por ter se comportado daquela maneira. Uma dessas exclusões nos interessa particularmente pois tem sido alegada várias vezes nos processos de aborto. Trata-se do *estado de necessidade*.

“Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

(...)

“Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1.º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2.º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena

poderá ser reduzida de um a dois terços”.

O estado de necessidade é superior à lei e pode ser argüido em várias circunstâncias. Quero observar, de passagem, que o segundo caso de exclusão de ilicitude é a “legítima defesa”. Matar em legítima defesa é um crime não ilícito. Tem sido muito utilizada, até recentemente, a “legítima defesa de honra” para absolver acusados de crimes passionais, ao combinar o princípio de legítima defesa com aquele de honra, qualidade protegida legalmente pelos artigos do Código Penal dedicados aos “Crimes contra a Honra”. Obtém-se uma nova figura jurídica, a legítima defesa de honra, sem legalidade<sup>24</sup> nenhuma, mas com fortes apelos simbólicos sobre os jüris.

A doutrina jurídica define genericamente o aborto como interrupção voluntária da gravidez com a consequente morte do feto. Dentro desse enquadramento legal, o aborto punível é portanto resultante da vontade de um autor interrompendo uma gravidez, com a consequente morte do feto, em qualquer momento do desenvolvimento anatomo-fisiológico deste feto. Para a constatação do crime de aborto é “irrelevante o grau de desenvolvimento do embrião ou do feto no útero materno... não se exige que o feto seja vital” (Heleno Cláudio Fragoso citado na RT, 486:287). “O Código ao incriminar o aborto, não distingue entre o óvulo fecundado, embrião ou feto. *Interrompida a gravidez antes de seu termo normal, há o crime de aborto*. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompi-

(24) Ver Ardaillon, Danielle e Debert, Guita G. (1987), *Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília, CNDM/CEDAC, p. 76-77.

mento da membrana amniótica) provocar a sua interrupção é cometer o crime de aborto." (Nelson Hungria citado em RT, 486:287).

Autoria e materialidade do crime são geralmente os dois pólos ao redor dos quais gravitam as interpretações e tentativas comprobatórias. É sobre essas duas questões que se defrontam e se dividem as orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Orientações essas que refletem, por sua vez, o contexto cultural em que nascem. A materialidade do crime, aquilo que deve ser comprovado para a aplicação da pena, consiste na provocação do aborto por um "autor" e será definida em cada caso concreto. Essa concepção abre caminho para pelo menos duas linhas de argumentação, não excludentes entre si, usadas tanto pela Acusação quanto pela Defesa. A primeira linha de argumentação entende que só se provoca aborto numa gestante, ou seja, numa mulher cuja gravidez preexistente possa ser comprovada. Se a gravidez não for comprovada, não se pode dizer que houve um aborto. Veremos com a análise dos processos o quanto é difícil reunir elementos probatórios que possam atestar a gravidez nessas situações de ilegalidade da prática do aborto. Para a segunda linha, está presente a necessidade de demonstrar que o aborto foi provocado voluntariamente, isto é, não ocorreu espontaneamente.

Materialidade e autoria constituem um todo facetado entre a intenção de cometer o crime, a ação para provocá-lo e a sua consumação; este conjunto configura uma rede de relações de causa e efeito, com malhas mais ou menos frouxas por onde se insinuam e se instauram todas as dúvidas possíveis. É aí que pode ser evidenciada toda a ambigüidade da sistemática de julgamento, é nessa rede que se desenham os caminhos da interpretação de um fato

e da atribuição do qualificativo de criminoso a este fato.

No decorrer do exame minucioso da seqüência de documentos contidos nos processos de aborto torna-se nítida a exploração, pelos atores legais, dos processos fisiológicos ligados à sexualidade da mulher e à reprodução (mens-truações, hemorragias, gravidez), para atingir objetivos diferentes entre si, para comprovar ou não a realidade da gravidez, ou para comprovar ou não a espontaneidade do aborto. Comprovada a realidade da gravidez ou a realidade do aborto veremos que pode ser usado o recurso do "estado de necessidade" para absolver o/a acusado/a. Inclusive, tem-se usado esse recurso de exclusão de ilicitude por estado de necessidade no sentido corriqueiro da última palavra, da necessidade material, daquilo necessário para viver e que falta por causa da pobreza.

Como visto anteriormente, 53% dos processos de aborto que tramitaram pelo 1.º Tribunal do Júri do Jabaquara nas décadas de 70 e de 80 consistem em inquéritos policiais arquivados. Isto significa que eles não mostraram elementos comprobatórios, seja quanto à materialidade do crime, seja quanto à sua autoria, para possibilitar a instauração da ação penal.

*Et pour cause...* Lembremos aquela frase: *interrompida a gravidez antes de seu termo normal, há o crime de aborto*. Interrupção de gravidez parece ser a chave para abrir um inquérito sobre "aborto".

Há por exemplo casos em que um inquérito é aberto apesar de estar visivelmente se tratando de aborto espontâneo. São casos de mulheres moradoras da periferia que, em geral, recorrem à Polícia Militar apenas para beneficiarem de um transporte gratuito até um Pronto Socorro de hospital. A Polícia Militar

comunica a ocorrência e a Polícia Civil, que, então, *criminaliza um aborto espontâneo*.

Um processo do Fórum de Pinheiros conta por exemplo que Rosa Maria de 33 anos, casada, estava grávida de 6 para 7 meses e que, em 20.08.1990, abortou no Hospital Universitário, levada pela Polícia Militar, e informou que ela estava tomando remédio para segurar a criança. O Delegado abre o inquérito sem nem esperar o Exame de Corpo de Delito o qual, feito oito dias depois do aborto, conta que Rosa Maria estava fazendo um pré-natal em hospital, que ela era hipertensa e até tinha tido um aborto espontâneo anterior e conclui que a hipertensão é a provável causa do aborto. Por quê então prosseguir com o inquérito? Esse processo correrá um ano e meio até que o promotor peça seu arquivamento já que “os autos cuidam de aborto espontâneo, absolutamente alheio aos interesses da Justiça Penal” (Processo 604/90, Pinheiros.)

Outros processos, embora classificados como sendo de “aborto” são, na realidade, investigações a respeito de *encontro de feto*, na maioria dos processos coletados no 3.º Tribunal do Júri de Santo Amaro. Trata-se do achado de fetos abandonados em locais públicos, com a quase impossível determinação de autoria, porque não há testemunhas, e até a materialidade, pois não há como estabelecer a efetiva *causa-mortis* de fetos maiores, nem se trata de interrupção de gravidez voluntária ou não. A atual legislação obriga os policiais a se ocuparem por anos, com averiguações de “aborto” que estão fadadas, desde o seu início, ao arquivamento.

Por exemplo, o processo 1.244/89 de Santo Amaro foi aberto em setembro de 1989, quando, atendendo a um chamado do COPOM, um policial militar foi até “um córrego (...) e realmente constatou a existência de um feto mergulhado (...)

puxou-o em direção à margem (...) e ficou no aguardo das providências da Autoridade...”. Somente um ano depois, a polícia interrogará a mulher que tinha advertido o COPOM porque “um dia ao estar debruçada (*sic*) na janela, olhando para o córrego (...) viu um monte de lixo (...) um negócio meio avermelhado,” etc. No final, como “não se logrou identificar a gestante e muito menos, ipso facto, apurou-se se houve ou não abortamento provocado”, a promotora requer o arquivamento em abril de 1991. Assim vão sendo montados inquéritos de “aborto” com esses testemunhos “de encontro de feto”. Há apenas o vestígio de um crime cujo autor, anônimo para sempre, é também vítima.

Entre os processos ditos de “aborto” coletados no 5.º Tribunal do Júri de Pinheiros, vários eram apenas inquéritos arquivados nos quais o referido “flagrante de aborto” era na realidade uma *invasão de clínica clandestina de aborto*, com apreensão de inúmeros objetos e materiais, várias perícias técnicas de todo tipo e nenhuma constatação de materialidade do crime de aborto que sustentasse a abertura de uma ação penal. Dois enormes inquéritos intitulados de “aborto consentido” foram instaurados a partir de um “flagrante” dado no mesmo dia de junho de 1991, na Clínica João Moura, (496/91 e 513/91, Pinheiros), quando prenderam, “por desobediência”, o médico, as atendentes, os seguranças e onze mulheres. Sua leitura permite o entendimento da ação policial em relação a clínicas muito conhecidas como sendo clínicas clandestinas de aborto.

No primeiro processo, a “prova” que justifica a invasão e baseia toda a investigação é a apreensão, na própria clínica (achada portanto *depois* da invasão que ela justificou) de um exame de ultra-sonografia de Vânia X., acusando gestação “em torno de cinco sema-

nas". E o Juiz, ciente de que o médico dono da clínica é ainda "acusado do mesmo crime nos processos 500/91, 502/91 e 508/91," determina o arquivamento deste inquérito policial. Quanto ao segundo inquérito, apesar das "robustas provas que embasam os autos" amontoadas pelo Delegado, para o Promotor "há total ausência de comprovação de prática de fato criminoso" e o desfecho será o mesmo: Arquive-se!

Os dois tipos de inquéritos de "aborto" aos quais eu acabo de me referir são aqueles que falsificam as parcas estatísticas e deveriam receber outra denominação por parte da instância judiciária. Muito mais do que a criminalidade, eles testemunham o descaso e o desprezo que o estado brasileiro reserva à saúde reprodutiva de suas cidadãs.

Prosseguindo com o andamento da investigação policial, lembro que seu fulcro é comprovar o aborto como "interrupção de gravidez". A própria gravidez e a provocação de sua interrupção não podem deixar margem à dúvida. Uma primeira leitura de alguns acórdãos contidos em RTs deixou clara a dificuldade de se comprovar não apenas a existência de uma gravidez como a ocorrência de sua interrupção, e indicou a possibilidade de que os processos de aborto fossem apenas torneios retóricos tentando promover o encontro de provas impossíveis de serem achadas.

Um caso de aborto processado em Franca, cujo recurso foi julgado em dezembro de 1969 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é ilustrativo dessa situação. Os réus são o namorado da menor que abortou e o farmacêutico que supostamente teria provocado o aborto. A história recontada pelo Desembargador é a seguinte: "... o réu, namorado de M.E., tendo-a engravidado, levou-a ao farmacêutico denunciado para que lhe aplicasse um abortivo. Este, enganando-o, aplicou na menor uma injeção

incapaz de produzir o evento desejado, não havendo prova de que tivesse sido aplicado ou ministrado outro elemento de efeito abortivo. A mãe da menor é que, preocupada com o fato de a filha estar atrasada em suas regras e com o escopo de normalizar a menstruação "atrasada" e, ainda, desconhecendo a existência da gravidez, deu-lhe chás que, pela sua natureza, tornaram-se abortivos, o que levou a menor a fazer a necessária "curetagem" uma vez que iniciado fora o processo do aborto.

Tem-se, assim, diante do quadro exposto que, *embora os réus tivessem a intenção, ou "animus" de provocar o aborto, em face da manobra enganosa do réu farmacêutico não conseguiram o resultado pretendido, uma vez que a droga ministrada à menor era inconsequente, enquanto que o aborto se deu em razão das mezinhas ministradas pela mãe da menor que, por sua vez, ignorava o estado da filha.*" (grifos meus) (RT 413:112-113, março de 1970)

Tratando-se de um acórdão, não dispomos de outros elementos processuais para a análise. Entretanto o que fica bem claro é que a história final do caso, tal como se apresentou ao julgador, foi antes não apenas recontada pelos diversos personagens, mas *desconstruída* pela Defesa conhecedora da malha processual e dos seus recursos. No domínio de um processo judicial, nunca temos a palavra direta das pessoas, mas a sua retranscrição feita por outrem e, geralmente, sobreposições dessas retranscrições. De outra parte, o fato inicial, objeto dos relatos das pessoas implicadas, dá origem a várias narrativas que o qualificam diferentemente. Finalmente, tem-se a reconstrução dos diferentes personagens do drama, possibilitada através dos seus depoimentos tanto na Polícia como na Justiça, de acordo com papéis sociais estereotipicamente consagrados pelos

atores sociais que os interrogam. Voltando ao acórdão ditado, vemos que se impôs a manutenção da impronúncia recomendada pelo Juiz em primeira instância. Por que?

Materialidade e autoria, ambas constatadas, foram irremediavelmente separadas. Criou-se o seguinte paradoxo: uma intenção ineficaz relativa a uma possível gravidez versus uma não intenção eficaz relativa a uma igualmente possível atraso de menstruação. Vários autores já mostraram<sup>25</sup> que na maioria dos processos penais, não se julga o crime isoladamente, mas a moralidade dos indivíduos envolvidos. Nos processos de aborto, há algo de específico para a penalização do crime. Trata-se de um crime de difícil comprovação e por isso mesmo é fértil terreno para debates retóricos onde se entrecruzam os argumentos biológicos e jurídicos: havia gravidez? era atraso de ciclo? houve sangramentos anteriores? foi aborto espontâneo? uma queda de escada pode provocar ou não uma rotura de útero? etc.

Houve aborto? Houve crime? A materialidade deste fato não é tão facilmente comprovada, nem a sua autoria tão diretamente atribuível, como se poderia pensar de início. De fato, antes de um aborto tem que ter havido uma gravidez plenamente comprovada; a interrupção dessa gravidez tem que ter sido provocada com real intenção de abortar; tem que haver um feto, e se achado o feto, ele tem que ser daquela mulher que, supõe-se, abortou.

Como provar a gravidez? Um dos meios, a confissão da gestante a respeito da sua gravidez não é suficiente para prová-la: "É certo que Margarida R.L. sempre se declarou grávida, de apenas um mês e vinte dias, confessou esse estado em seus interrogatórios e conformou-se com a condenação. Isso não comprova, porém, a gravidez e a ocorrência do crime de aborto (...) Sem prova plena e segura da gravidez e, inclusive, da viabilidade do feto não há que se falar em aborto (...) A convicção da mulher de que estaria grávida poderia ser falsa, decorrente da chamada gravidez psicológica, que não é rara, provocada pelo desejo incontido de maternidade, pelo pavor pânico de ter engravidado ou outro motivo qualquer". (RT 659:249-251, setembro de 1991)

Desenha-se aí um dos jogos possíveis sobre as funções fisiológicas das mulheres, e, particularmente, sobre os avatares de sua função reprodutiva. Entre um atraso de menstruação e a instalação de uma gravidez desenha-se um verdadeiro mistério, um espaço vazio, cheio, porém, de avaliações diversas a não ser que "a prova plena e segura" de gravidez seja estabelecida. Isto é confirmado por um caso relatado na RT 567:291, de janeiro de 1983, no qual uma "gestante" que sempre negou a sua gravidez e foi absolvida pelo júri, foi submetida a um novo julgamento após o recurso da Acusação baseado em um exame de corpo de delito "que permitiu chegar à certeza de um processo gestacional normal, sadio, interrompido por processo mecânico".

O elemento comprobatório da interrupção de uma gravidez é, ou deveria ser, o Exame de Corpo de Delito (doravante ECD) feito sobre a gestante para embasar a acusação do aborto recente. "O crime de aborto deixa vestígios e, nessa conformidade, indeclinável é o exame de corpo de delito direto, a

(25) Ver: Corrêa, M. (1983), *Morte em Família. Representações Jurídicas de Papéis Sociais*. Rio de Janeiro: Edições Graal; Ardaillon, D. e Debert, G.G. (1987), op.cit., e Hermann, Jacqueline e Barsted, Leila L. (1995), "O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar". *Cadernos Cepia*, ano 2(2), set.

menos que se tenha deixado desaparecer os vestígios, suprimindo-se, então, a falta pela adequada prova testemunhal" (RT 565/310 Nov/82). Além desse ECD denominado "direto", feito com o exame da paciente, pode-se requerer um ECD "indireto", feito a partir das informações contidas no prontuário hospitalar requisitado pela Polícia. Enfim, quando o feto é encontrado, pode ser feito um exame necroscópico.

O assunto é rebarbativo (eu sei!), mas ele é essencial para entender o tratamento do aborto no judiciário e para fornecer subsídios à discussão sobre a descriminalização do mesmo.

O laudo de ECD de aborto, deve ser assinado por dois médicos legistas e visa responder aos seguintes seis quesitos:

"Primeiro - Houve aborto?

Segundo - Foi ele provocado?

Terceiro - Qual o meio de provocação?

Quarto - Em consequência do aborto ou do meio empregado para provocá-lo, sofreu a gestante: incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente?

Quinto - Era a provocação do aborto o único meio de salvar a vida da gestante?

Sexto - A gestante é alienada ou débil mental?"

Antes de responder aos seis quesitos, os médicos devem registrar: a qualificação da paciente, o histórico do aborto, a descrição anatômica da paciente, e fazer uma discussão dos dados. Pode haver uma complementação do ECD por um exame de gonadotropina corôni-

ca, o qual, em princípio, deveria trazer a confirmação de uma gravidez preexistente. *O exame dos autos revela que o seu resultado é raramente positivo mesmo quando, por acaso, foi feito pouco tempo após o aborto.*

O exame de 117 acórdãos e de 43 processos e inquéritos mostrou que longe de ser um documento essencial e definitivo para a comprovação do aborto, esse crime que deixa vestígios, as circunstâncias em que é feito o ECD e a demora para ser feito levam muitas vezes à indefinição de sua conclusão. Pois, além de não concluir se houve ou não aborto, é incapaz de demonstrar se o aborto foi ou não provocado. Entretanto ele constitui o documento *básico* sobre o qual se ancora a Acusação.

Além disso, em vários casos, o mesmo laudo serve *tanto para pronunciar quanto para impronunciar* a gestante ou a parteira. É muito raro encontrar um ECD bem fundamentado e rigoroso.

Há várias fórmulas de "Conclusão" de ECD consagradas. Por exemplo, no Processo 1.345/90 (Santo Amaro), uma gestante que abortou no banheiro do Hospital Morumbi, foi submetida ao ECD um mês depois. Diz o laudo: "...não apresenta elementos de certeza para parto ou aborto". No Processo 199/92 (Pinheiros), a gestante abortou com Cytotec<sup>26</sup>. O laudo do primeiro ECD

(26) Nome comercial do misoprostol, análogo sintético da prostaglandina E1, desenvolvido pela Searle, foi comercializado no Brasil a partir de 1988. A prostaglandina tem uma ação estimulante sobre a musculatura uterina, promovendo sua contração, razão pela qual esse medicamento vem sendo usado na indução do parto e do aborto. Em alguns países como a França, ele é usado em associação com o RU 486 para induzir as interrupções voluntárias de gravidez em hospitais públicos. Rapidamente conhecido pelas suas propriedades, seu uso abortifaciente

enuncia: "... a conclusão final dependerá de exame complementar após trinta dias." Trinta dias depois o laudo do segundo ECD diz: "não temos elementos para afirmar ou infirmar abortamento e/ou gravidez referida, visto o exame ter sido realizado além do período necessário para tal perícia"... O inquérito será arquivado. É pelo menos curiosa essa necessidade de exame complementar de trinta dias para verificar transtornos anatômicos que não costumam perdurar por um mês. A freqüente sensação que acompanha a leitura dos autos é de que estamos no reino do absurdo.

A fórmula consagrada: "não temos elementos para afirmar ou infirmar abortamento e/ou gravidez referida, etc." foi encontrada em 11 processos. Muitos acórdãos, por sua vez discutem sobre a comprovação da materialidade, e portanto sobre a fragilidade do ECD. Se não comprovam os abortos, os laudos de ECD alimentam fartamente aos debates de "doutrina jurídica".

"... havia, realmente gravidez? (...)" Tudo girou em torno da suspensão das regras (...) Tratava-se, pois, de um dos chamados sinais de probabilidade. Mas não bastava ele, era indispensável a diagnose da gravidez (...) Ora, a gestante foi submetida a exame obstétrico no mesmo dia do suposto aborto, pelos médicos da Santa Casa de Misericórdia de Suzano e estes não viram nenhum fluxo sangüíneo (...) nenhum dos sinais que deviam perdurar por dois ou três dias (...) Quanto ao exame do corpo de delito (...) feito 25 dias mais tarde (...) nada mais podia ser observado que

permitisse concluir pela existência de abortamento pretérito..."(RT 479:296-298, setembro de 1975).

Raríssimos são os casos de laudos de ECD que possam servir de provas cabais, que tenham uma conclusão clara de "sim, houve aborto; sim, foi provocado por meios mecânicos". Nos laudos de ECD indiretos, fornecidos pelos hospitais, não há em geral dúvidas quanto ao acontecimento de um aborto. O que não significa que esses laudos não serão preteridos em favor da confissão, dependendo muito do que eu fui levada a denominar mais adiante de "intenção condenatória" ou de "intenção absolutória" por parte de quem julga, pois as provas (os laudos, os indícios) bem como os testemunhos são, na realidade, valorados com pesos diferenciais *au gré* de quem julga em definitivo. Falar em "intenção" não significa uma desqualificação do juiz, mas a consciência de que os atores legais são também indivíduos situados em determinada sociedade e cultura:

"O juiz deve aplicar a lei, norma genérica, abstrata, traduzindo-a do geral para o particular. Na sua ação está condicionado às fórmulas de interpretação e aplicação do direito, mas dispõe sempre de um poder de interpretação que implica na ação de elementos subjetivos (e ideológicos) da maior importância. Esta subjetividade combinada com as contradições a que aludimos acima, elimina a hipótese do monolitismo dentro do corpo de magistrados. As contradições no social implicam em contradições no jurídico e estas conduzem a contradições na ação e na ideologia do aparelho judiciário. É por isto que se poderá falar em "juiz progressista" ou no juiz "conservador", bem como poder-se-á, por vezes, observar discrepâncias entre a orientação de diferentes hierarquias, entre o juízo de

foi disseminado no Brasil. A partir de 1991 o Ministério da Saúde restringiu a sua comercialização. Ver Barbosa, Regina Maria e Arilha, Margareth. (1993). *A experiência brasileira com Cytotec*, Revista Estudos Feministas, 1(1):408-418.

primeira instância, por exemplo, e os Tribunais superiores.”<sup>27</sup>

Outro exame técnico, além do ECD, é o Exame Necroscópico do Feto. Apesar do seu caráter aparentemente definitivo, o seu laudo poderá ser usado também com uma certa liberdade de interpretação.

Um caso relatado na RT 624:355-358, de outubro de 1987, é exemplar quanto ao uso retórico que Defesa e Acusação fazem do mesmo laudo necroscópico de feto. A ré foi absolvida em 1.ª Instância das acusações de aborto e de ocultação de cadáver. A Acusação recorre contra a última decisão e, para fundamentar a sua solicitação, despreza o laudo do ECD utilizando, em vez, o depoimento de uma testemunha. Essa manobra é rejeitada pelo Desembargador no acórdão do recurso. Nesse exemplo, vê-se nitidamente o peso positivo que a Acusação dá ao testemunho de uma senhora de 60 anos, o que a torna “experimentada”, desprezando o laudo, e a valoração que Defesa e Juiz fazem do laudo, do seu aspecto técnico e da palavra médica que, no entender do Juiz, deve ser respeitada. O acórdão explicita as diferentes posições conforme o que segue.

Segundo o laudo do ECD, há: um “feto morto em estado de putrefação com idade gestacional de aproximadamente 5.º mês.” (grifos meus)

A Acusação, por sua vez, considera que: “... se a criança nasceu com vida ou não jamais saberemos; o pequeno corpo foi encontrado já em estado de putrefação (...) as fotografias mostram uma criança bem-formada, aduzindo

que os peritos se equivocaram quanto à idade gestacional ao darem-no como no 5.º mês, sendo mais condizente o que disse a testemunha M.S.L. com sua experiência de 60 anos de idade, que pelos seus cálculos a criança estava no 6.º para o 7.º mês de gestação – logo, com possibilidade de vida extra-uterina e, por isso, era um cadáver. (...) Não há dúvida a respeito da maturidade do ser vivo que a própria mãe expeliu ex abrupto das suas entranhas, tratando-se de uma criança com vida intra-uterina com o máximo de 7 e no mínimo de 5 meses de existência, e que desfrutava da chamada capacidade potencial de viver”. (idem)

A Defesa, usando sempre o mesmo laudo, então, usa ainda de outro vocabulário, e de outros referenciais do tempo de gestação: “... o produto da concepção no 5.º mês de gestação é ser em formação e não tem condições de vida extra-uterina, sendo apenas feto e não cadáver.” (idem)

Retomando o vocabulário do laudo do ECD, o Desembargador conclui: “... o feto não atingira a maturidade necessária para a sua expulsão com probabilidade de vida extra-uterina, já que a gestação não estava acima de 180 dias, e, em consequência, seu corpo não deve ser tido como cadáver, que trata a lei penal... Não se pode desprezar o laudo firmado por dois médicos”. (idem)

Característica de toda polêmica constituída por enunciados de caráter persuasivo, o uso de vocabulários diferentes faz com que naveguemos num mesmo momento, agora, simultaneamente em dois espaços (geográficos) e também em tempos distintos. A reconstituição do fato passado, o aborto, que hoje está apenas nas inemórias, é traduzida simultaneamente em duas linguagens distintas. Somos levados do espaço do mundo que consideramos real, dos seres humanos vivos, das crianças nascidas, das

(27) Nuñez, Antônio Cláudio. (1986-87), *O poder judiciário no Brasil: tendências e leituras*, in: BIB – O que se deve ler em ciências sociais no Brasil. São Paulo: Cortez: ANPOCS, (BIB 13, 1.º semestre, 1982), p. 201.

peçoas, dos cidadãos, para o mundo intra-uterino, recuando dos fetos aos embriões, e até mesmo aos produtos da concepção, que não são peçoas nem cidadãos e sim projetos, promessas, antecipações, de futuras peçoas e futuros cidadãos. Nessa cacofonia, a verdade é inaudível, e a justiça, o resultado de um diálogo de surdos.

Além da tentativa de fazer prevalecer as palavras de uma testemunha sobre o laudo técnico para enquadrar a gestante num crime de ocultação de cadáver, a Acusação recorre à retórica que faz de um feto, ou do “produto da concepção” (segundo a Defesa), “uma criança”, “um pequeno corpo”, “uma criança bem formada”. Essas palavras transformam o aborto em infanticídio e correspondem a duas ordens do que seja a vida. O corpo de um feto não é um cadáver, o qual supõe um lapso de tempo de vida extra-uterina, ou seja uma existência. Do “feto sem condições de vida extra-uterina” (segundo a Defesa) para “uma criança que desfrutava da chamada capacidade potencial de viver” estendem-se dois meses de gravidez que, para a Acusação tornam-se “meses de existência”.

Para complicar mais um pouco a compreensão do papel do ECD, direto ou indireto, no processo penal de um crime que deixa vestígios aparentemente fáceis de serem constatados, descrevo a seguir os passos de um típico processo de aborto. Neste caso, a decisão final foi de impronúncia. (Processo 366/88, Pinheiros.)

Em São Paulo, em novembro de 1987, uma moça parda (ou branca? — a cor das acusadas varia muito através dos documentos de um mesmo processo) de 21 anos e solteira dá entrada no Hospital X com um sangramento, segundo ela, (ou com um aborto? segundo o que as enfermeiras dizem que ela

disse). As declarações são todas contraditórias. Ela é imediatamente removida para o Hospital Y, com o pretexto de que o seu médico particular aí trabalha. O Hospital Y notifica a Polícia, como é de praxe, para se eximir da responsabilidade de um eventual falecimento, de que a moça apresenta um quadro de “aborto infectado”, pois teria provocado um aborto há mais de dez dias, com uma enfermeira.

Nas declarações feitas à Polícia Civil, surge a história de que ela tem um namorado/noivo, mas “vive com seus pais”; os pais dela tinham conhecimento da gravidez e a “apoiavam”, “mesmo sendo solteira”, mas ela acha que ela e o noivo têm incompatibilidade de sangue o que pode ter provocado o aborto espontaneamente. O namorado diz que “assumiria a paternidade” e se casaria com ela. Assim não havia por que abortar, não podia existir a intenção de cometer aquele crime.

Mais de um mês depois da ocorrência do aborto, foi feito o ECD Indireto, baseado portanto nos relatórios dos dois hospitais, que concluiu pela “ocorrência do abortamento mas sem a possibilidade de avaliar a causa do mesmo”. Teria havido um aborto, mas seria impossível dizer que tivesse sido provocado. Mesmo assim, a Acusação, citando uma insinuação de um dos médicos de que uma enfermeira teria “praticado nela manobras abortivas”, declarou o aborto voluntário demonstrado pelo laudo do ECD indireto e, conseqüentemente, denunciou a moça no art. 124 do CP.

Nas reinquirições da ré e das testemunhas no Poder Judiciário, tudo que foi dito anteriormente na Polícia é veementemente negado: a ré “nem sequer sabia da existência de gravidez”, “se o abortamento aconteceu, foi coisa natural”, o noivo “nunca soube dessa gravidez” e quando soube que houve

um aborto, "isso o chocou"; além disso, "depois dos fatos, ele praticamente não se encontrou com a acusada nunca mais", a mãe também "teve uma grande surpresa" quando soube do aborto etc... Após examinar tudo isto, a Juíza contraria a interpretação do laudo feita pelo Promotor na sua denúncia, achando que esse laudo não prova nada e declara que: "...certo é que existe a probabilidade de que o aborto em tela tenha sido provocado, mas, para que seja proferida uma decisão de pronúncia, há que se ter absoluto conhecimento do crime (...) (e que embora os documentos) se refiram a 'abortamento provocado', *não têm o condão de afastar, por completo, a dúvida sobre a possível espontaneidade do abortamento em questão* (...), nem ao menos há nos autos, prova da gravidez da ré." (grifos meus)

Ratificando a dúvida sobre a causa do aborto, contida no ECD indireto, e não o testemunho do pessoal hospitalar, a Juíza impronúncia a ré, ou seja não haverá Júri. O processo inteiro demorou dois anos.

Assim, apesar da reiterada afirmação de Juizes e Desembargadores de que o ECD é prova irrefutável e que somente na sua ausência deve-se dar fé aos indícios e à palavra das testemunhas, nem sempre é tido como tal e, dependendo do Juiz, haverá ou não "condão de se afastar a dúvida".

Ainda a respeito dos flagrantes de "invasão de clínica clandestina", nem sempre esses inquéritos policiais acabam arquivados. Um volumoso processo (813 folhas) desse tipo correu no foro de Santo Amaro (573/86) indo até a sentença de impronúncia do Juiz. Onze policiais militares invadiram um pequeno sobrado da Moema, a partir de uma denúncia anônima, e prenderam o médico, dois "auxiliares" e a paciente (menor de 21 anos, acompanhada da mãe) no meio da curetagem. O médico

em questão era "aborteiro" conhecido na praça, citado anteriormente em mais de 16 processos, portanto não era uma grande descoberta da Polícia. Ele acabava de se mudar para essa casa após ter tido um endereço fixo por mais de 15 anos na rua das Palmeiras. O Delegado, tomado de rigor processual forneceu um relatório final em 4 dias, e em um ano, o processo terminou. Mais uma vez tudo indicava que as provas eram contundentes, havia um flagrante de curetagem e um laudo de ECD indireto, acompanhado de exames histológicos, e uma gestante declarando: "... que há mais ou menos 03 horas, estava numa clínica para prática de aborto, quando houve interferência policial, não tendo possibilidade de dar continuidade ao procedimento. (...) posteriormente foram feitas duas intervenções cirúrgicas para esvaziamento uterino..."

Entretanto, o Juiz resolveu dar ouvidos às alegações finais do próprio Promotor alegando "a fragilidade da prova, já que as testemunhas não contrariam a versão dos acusados e nada trazem que comprove a existência do crime", o qual estava visivelmente valorando positivamente o teor dos testemunhos. É preciso acrescentar que no decorrer daquele ano, o principal acusado, o médico, morreu. Não interessou à Justiça pronunciar a gestante, nem sequer a outra indiciada, a "auxiliar", que "estava passando um pano no chão", justamente durante a intervenção cirúrgica. Não se podia negar que tinha havido um aborto provocado com vontade da gestante, mas não houve neste caso, por parte da Acusação, uma intenção condenatória como houve no caso citado anteriormente para condenar uma gestante por crime de ocultação de cadáver. Pode-se alentar que houve até mesmo uma intenção absolutória. Sei que não é o promotor que condena, mas o fato de

não encontrar terreno para uma denúncia, naquelas circunstâncias, indica benevolência.

De suma importância para a prova da materialidade do crime de aborto, o ECD, tal como está concebido e realizado, ou seja tanto na concepção das respostas que ele deve oferecer, quanto pela maneira como está sendo feito: com atraso e desleixo, fornece o alibi do arquivamento do inquérito policial ou da futura impronúncia do Juiz.

Será que isto indica que há, por parte da Justiça, e, em oposição ao frenesi policial, uma certa falta de interesse em condenar o aborto consentido por uma gestante?

Assim, dependendo das circunstâncias e da disposição do promotor e do juiz em relação ao aborto, será dado maior ou menor peso ao laudo de ECD, à confissão da gestante e aos depoimentos das testemunhas: "Inexistindo ao tempo do exame de corpo de delito direto vestígios das manobras abortivas (...) o caráter criminoso do abortamento pode ser comprovado pela prova pessoal, não só testemunhal como, também, em crime de tal natureza, pela palavra dos co-réus..." (RT 609/321, julho de 1986)

Aos poucos, a leitura dos processos deixa claro que por ocasião do julgamento ocorre uma valoração, positiva ou negativa, das provas. Inspirada pela linguagem florida da pronúncia de um juiz, declarando que "abundam pormenores e saltam indícios veementes, das dobras do processo, sobre a participação..." etc. (Processo 644/72, Jabaquara), posso adiantar que das dobras de todos os processos que eu examinei bem como das RTs selecionadas, abundam pormenores e saltam indícios da existência de uma disposição íntima, de uma *intenção* pessoal dos atores do julgamento em relação ao crime de aborto. Mais do que

em lógica de Acusação ou de Defesa como é de praxe focalizar em análises de processos penais, acredito que para o crime de aborto não se pode falar em lógica-de, porque não há um uso sistemático de certas estratégias de juízo, mas sim de uma intenção de levá-lo ao Júri ou não.

Pronunciar sem prova cabal, impossível. Mas, existe mesmo essa prova cabal? Falar em intenção não significa considerar que impronunciar ou absolver sejam decisões tranqüilas. Afinal o aborto é crime, a lei existe, *dura lex sed lex*. Como eu já disse anteriormente, os membros do judiciário não são isentos de idéias preconcebidas em relação à questão do aborto e em relação ao que deva ser a sexualidade autônoma de uma mulher. Elas jorram das dobras dos processos, particularmente quando as provas não são contundentes.

Não se trata de dizer aqui que parte dos membros do judiciário faz uso sistemático de um estoque de preconceitos, mas de evidenciar uma conceitualização que eles fazem do que deva ser a posição do "todo social" como dizem alguns, da sociedade brasileira, em relação à sexualidade das mulheres. Quem julga em definitivo é o Júri Popular, representante do povo, o "juiz natural". Qual é a lógica julgatória dos juizes naturais? Daqueles que absolveram uma parteira, em 1972, quando a gestante era menor e sobreviveu? Daqueles que a absolveram novamente em 1981 por unanimidade quando a gestante morreu das seqüelas? Do júri que leva a mesma parteira, em 1983 (741/78) a cumprir 2 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado, apesar de não ter provocado a morte da gestante, e embora esteja cumprido pena de um outro processo, envolvendo tóxicos? Há algo desconcertante nessas decisões.

Quanto às gestantes indiciadas, elas foram impronunciadas ou absolvidas,

em geral por unanimidade. Em todo caso, o que se pode dizer é que o Júri é pouco condenatório em relação ao crime de aborto, mesmo quando o agente provoca a morte da gestante.

Às vezes, o julgamento parece "ilógico" a ponto do próprio Desembargador estranhar: (*no caso em que*) "mantiveram os réus ardoroso e apaixonado romance (...) com precoce e indesejada fecundação (...) chamado à responsabilidade, esquivou-se o varão acenando para a presuntiva esterilidade. Sobreveio aborto em condições dramáticas (...) O que se não pode compreender é como pode o Júri, que condena uma jovem - sob pressão emocional, familiar e emocional em razão de maternidade sem chancela matrimonial - exonerar de culpabilidade precisamente aquele que, incapaz de assumir a responsabilidade, de honrar as juras escritas, era o vero e principal beneficiário dessa, para ele, incômoda paternidade". (RT 538:335-337, agosto de 1980)

Embora não haja como encontrar alguma lógica geral dos Júris em si, já que cada Júri é diferente do outro, pode-se encontrar o que eu já indiquei como disposição íntima de quem julga, uma "intenção" seja condenatória, seja absolutória do aborto nas sentenças do Juiz, nas denúncias do Promotor e nas alegações da Defesa.

A *intenção condenatória* é muito explícita quando se acusa, por exemplo, uma parteira responsável pela morte de uma gestante. No seu recurso de cinco páginas destinado a enviar uma parteira para um novo Júri, diz o Promotor: "... abominável ré, mulher que ao longo de sua existência, apenas espargiu sobre as infelizes vítimas que num momento de desespero a procuravam, lágrimas e morte, ao mesmo tempo que interrompia a vinda ao mundo de promissoras crianças. E tudo isso por dinheiro, por

*ganância, por deformação moral.* (...) quando a ré iniciou viagem, infeliz e desumana, a vítima continuava viva, nos estertores da morte (...) "*ficou, mais uma vez, que a costureira não tecia vestidos, nem de noiva e nem de crianças, mas na verdade, 'descosturava' as entranhas das mulheres, perfurando os seus úteros e intestinos e, por certo, iniciando a feitura de vulgar e tosco ataíde, como vulgar, tosco e abominável era o procedimento* etc. (os grifos estão no próprio texto) (Processo 30/74, Jabaquara)

Ela é também presente na acusação de gestantes. Para um Desembargador: "... A gestante recorrente negando a autoria do crime diz 'não ter agido com dolo, tanto que, desconhecendo sua gravidez, ingeriu a bebida conhecida por 'queimada' para apressar seu ciclo menstrual' (...) no que tange à materialidade do crime (...) assinala-se que o exame de corpo de delito indireto (...) afirma a realidade do aborto precoce incompleto infectado..." (RT 582:340-341, abril de 1984).

"Aborto precoce incompleto infectado" não significa forçosamente que tenha sido um aborto provocado. Mesmo assim, além de fundamentar-se na mera expressão "aborto precoce", o Desembargador menciona, ainda, a impressão de uma das testemunhas de que "a ré estava, na ocasião, com a barriga um pouco maior do que o normal, pormenor que não podia passar desapercibido a uma mulher que já tivera dois filhos", para sustentar a manutenção da pronúncia de uma gestante que negou o aborto. O peso da palavra da testemunha foi maior do que o da palavra da gestante e até do que o próprio laudo do ECD. Neste caso a intenção condenatória utiliza uma pequena citação do laudo e a combina com a observação de uma testemunha. Digamos que ela tem um fundamento "técnico".

Há casos, entretanto, em que essa intenção parece meramente moralista. Diz a RT 597:326-327, de julho de 85, que a récorrente, mulher de 38 anos de idade, casada e mãe de três filhos, "confessou a sua gravidez resultante de relacionamento sexual fora do matrimônio e o seu gesto de, por meios próprios, pôr fim à gestação..." É pedida a impronúncia "por ter agido em legítima defesa putativa de sua honra e do direito de preservação de sua vida." Para o Desembargador: "... certa, assim, a pronúncia, o caso não era (...) de absolvição sumária, não se podendo admitir que a gravidez, fruto de relacionamento sexual extraconjugal consciente e voluntariamente buscado pela própria ré, importasse agressão à sua pessoa, de modo a justificar o aborto, à conta de legítima defesa putativa!".

A Defesa alegou o direito dessa mulher de preservar a sua vida matrimonial juntamente com o livre exercício de sua sexualidade, o que é inadmissível para o Desembargador: não há possível honra a defender, para uma mulher que busca voluntária e conscientemente um relacionamento sexual extraconjugal.

"Legítima defesa" haverá, entretanto, num outro caso, para o pai de Ivone que "elimina a tiro o sedutor da filha" e é absolvido, quando não havia sedução nenhuma já que Ivone se deixara "possuir várias vezes" por Rafael. Grávida, Ivone abortou, sendo absolvida sumariamente em primeira instância: "... (ela) foi internada na Santa Casa, tornando-se pública a triste realidade. O fato constituiu escândalo na cidade. Profundamente chocado (...) seu pai eliminou a tiro o sedutor da filha. Processado em Valença acabou absolvido (...) A situação vexatória e mesmo desonrosa que levou Ivone a libertar-se do produto da concepção não decorreu de caso fortuito ou acidente natural. (...) Poderia e devia ter previsto o advento do perigo,

mormente porque se deixou possuir várias vezes. Ciente da criminalidade do ato, colaborou para a morte do ser que gerara. Ainda que inspirada por motivo de valor moral, Ivone não merece a absolvição.(...) o número considerável de mães solteiras está a mostrar que o sacrifício do bem em perigo – fruto da fraqueza da ré – pode ser razoavelmente exigido. Aconselha a prudência que pelo menos o Júri se manifeste a respeito". (RT 466:335-336, agosto de 1974)

"Deixou-se possuir várias vezes", "fraqueza"..., são motivos suficientes para a punição de uma mulher, de uma filha. O homem que não é fraco, age, pega o seu revólver, atira, e mata. "Chocado", era natural que o pai "eliminasse" um sedutor que lhe tirara a honra de ter uma filha virgem. Será absolvido (por "legítima defesa de honra" provavelmente). A filha, moça "fraca" que cede ao desejo, "não merece absolvição", embora o Júri – que representa a sociedade – deva ter "prudência" no seu julgamento. Pois a sociedade não deseja um aumento das mães solteiras, um mal, contra o qual pode ser razoável exigir o sacrifício do produto da concepção, "o bem em perigo".

A intenção é declaradamente condenatória e veladamente absolutória. A ambigüidade impera. Houve crime? Sim. "Ciente da criminalidade do ato", a fraca Ivone, que se entregou várias vezes a Rafael, colaborou para a "morte do ser que gerara". A lei é explícita. Ivone deve ser condenada. Porém... Porém como admitir o crescimento deste mal social representado pelo aumento das mães solteiras? Ivone deve ser "corrigida".

Acredito que o Desembargador não tenha medido suas palavras, pois além da esfera processual, da questão do aborto, elas desenharam uma ordem do mal exclusivamente feminina: o crime é cometido por uma mulher, uma mulher

que fez sexo várias vezes, uma mulher que é fraca, uma ex-futura mãe solteira que poderia ter colocado um bem a perigo. Do sedutor não se fala mais, morreu. E o pai continua com a sua honra devidamente recuperada a tiro.

Como não falar em *intenção*, numa direção ou noutra, quando as declarações de ordem técnica são das mais contraditórias, como o demonstram trechos de dois acórdãos. No primeiro, ao julgar o recurso de uma parteira que não se conforma com a acusação de aborto, essa mulher "experiente no triste mister" diz ter "apenas medicado no sentido de regularizar o ciclo menstrual" da gestante, conclui o Desembargador: "Não importa que o laudo seja inseguro e impreciso, o que importa é que outros elementos provam a materialidade do crime." (RT 457:322-324, novembro de 1973).

No segundo, é dito exatamente o contrário: "não há falar em aborto sendo negativo o exame de corpo de delito. Não o suprem a confissão policial e o exame de corpo de delito indireto." (RT 594:330, abril de 1985)

Um ECD "inseguro e impreciso" poderá servir tanto de prova irrefutável como, ao contrário, ser transformado em "ECD negativo".

*Quando a intenção é absolutória:* "Assim decidem, porque a ré é moça solteira. Em seu namoro com S.C., engravidou-se. Daí enfrentou o namorado o casamento, e a ré, sem ânimo para enfrentar a família, levada ao desespero, submeteu-se ao aborto pela parteira L.S. indicada pelo médico S.A.B.N. (...) Ela somente não poderia obter vantagem alguma, senão esconder da família sua desdita. E, nesse transe, ficou ela sozinha, na sua infelicidade, no seu sofrimento. O médico sequer foi denunciado. A parteira faleceu. O namorado foi absolvido. Ela pronunciada. (...) Ora, (...) não se pode negar à gestante o

reconhecimento da excludente de um estado de necessidade, na dolorosa conjuntura em que se achou (...) Ademais, 'se os meios anticoncepcionais já são admitidos, não se compreende que o aborto também não o seja, pelo menos nos primeiros dias da concepção, como antes que o feto manifeste vida'. (...) levada a ré aos bancos do Tribunal do Júri aumentar-se-ia o seu triste sofrimento, dada a repercussão perante a sua família e a sociedade." (grifos meus) (RT 425:310-311, março de 1971)

Neste caso, longe de ser repreensível e sinal de fraqueza de quem não resiste à luxúria, ser moça solteira, sozinha, é um dos elementos que desenham o estado de necessidade a ser reconhecido pelos jurados. Esse acórdão, que data de 1971, antes do aparecimento dos argumentos feministas no cenário público, estabelece até uma relação entre a atitude contraceptiva e o aborto precoce. Não se pode negar aí a intenção absolutória.

No processo 64/76, Jabaquara, a Defesa instruiu a gestante indiciada na mesma linha. No seu interrogatório no Júri, Maria Eloina declara que: "... já era mãe solteira (...) que tinha uma filhinha de um ano e pouco (...) foi levada a praticar o aborto por ter sido engravidada por um rapaz que não quis assumir nenhuma responsabilidade (...) que fora ameaçada de ser despedida desse seu emprego (...) e porque tinha necessidade de ganhar para sustentar-se e a filha Ana Paula foi que desesperada procurou pela Dra. Lucinda consentindo no aborto..."

Sensíveis, "os senhores jurados por unanimidade de votos reconheceram ter a ré agido sob o agasalho de estado de necessidade" conforme consta do termo de votação.

Essa intenção absolutória, entretanto, não parece reconhecer às mulheres o

direito de opção, o direito de decidir sobre o rumo de suas vidas e sobre o exercício de sua sexualidade. Em muitos casos ela reduz as mulheres a miseráveis vítimas dos homens, da vida, e do azar. Em outros, ela explora as falhas processuais ou até mesmo os mistérios da fisiologia feminina.

Por exemplo, Isabel foi denunciada por ter abortado com uma sonda. Pronunciada, ela recorreu, o Desembargador, então, argue: "Houve aborto? Estava a recorrente grávida? Não se sabe, com certeza. *Faltou-lhe a menstruação e ela se supôs grávida.* Procurou um farmacêutico e uma "abortadeira". Orientada, adquiriu uma sonda e a introduziu no conduto vaginal. Sofreu hemorragia. Sentiu-se mal e foi parar na Santa Casa local. *Não há certeza de que haja realmente abortado. Aliás, nem se sabe, ao certo, se estava grávida.* Não se fez diagnóstico de gravidez. A cessação das regras não é prova segura dela (...) Não se realizou ECD (...) O que está provado são as manobras abortivas, mas o aborto não. A mulher supôs-se grávida e, tentando provocar o aborto, lesou-se. *É possível que estivesse tentando o impossível.* Não se pode arredar a hipótese de putatividade da gravidez (...) Onde o "corpus delicti"? *Inexiste.*" (grifos meus) (RT 556:339-340, fevereiro de 1982)

O Tribunal rendeu-se e determinou a despronúncia da ré.

Num outro caso, uma gestante, mãe de 9 filhos, sofreu todo tipo de lesões e passou três meses no hospital "por conta da inexperiência da parteira". Foi indiciada assim mesmo. A Defesa, com a melhor das intenções, faz da ré uma ignorante, dizendo: "...a ré é também pessoa de mais elevado espírito altruístico (...) conquanto já tivesse nove filhos (...) ainda tem um filho adotivo que cria com a mesma dedicação (...) como

poderia alguém cuja bondade atinge as raias do sacrifício de criar como seu filho um ser nascido de outro ventre (...) Não se pode intuir uma confissão; pois as palavras adquirem valor de acordo com o grau de instrução de quem as usa (...) A ré (...) mercê de sua pouca instrução emprega como sinônimas as expressões: "abortar" e "evitar filhos" desconhecendo as diferenças conceituais que entre elas existem..." (Processo 419/72, Jabaquara)

Sacrificada, como deve ser uma mulher cujo amor de mãe aceita como seu o filho de outro ventre, e ignorante. Uma dupla de adjetivos que a nossa cultura não raro associa à figura da mulher, especialmente quando é pobre.

Enfim o trecho de uma Defesa com intenção absolutória que entretanto reforça alguns preconceitos a respeito do Norte subdesenvolvido, da pobreza e da ignorância que perturbam o ambiente familiar e até tiram a consciência, tornando o ser humano praticamente um animal: "... devido às condições sociais em que vivia, foi submetida à prática de *conjunção carnal no Norte do País* quando tinha a idade de 14 anos (...) a ré não possuindo orientação alguma, foi envolvida por conversas de terceiros (...) verificamos que a ré, face ao seu nível cultural, social, ambiente familiar, não estava em condições psicológicas para tomar uma decisão consciente para os seus atos (...) " (Grifos meus, Processo 741/78, Jabaquara)

Apesar de sua ilegalidade, o aborto é uma prática amplamente difundida e a sociedade brasileira tem plena consciência disso. Todos nós temos consciência desse dualismo. Essa experiência cotidiana da ambivalência é coletiva e impregna também a Justiça: dividida entre intenções (condenatória ou absolutória) dificilmente consegue provar a materialidade e a autoria desse delito.

Por sua vez, o fato dos Júris não punirem as acusadas não significa que sejam favoráveis às mulheres. A sociedade que abriga ao mesmo tempo um judiciário ambivalente em relação ao aborto, tanto nas intenções condenatória e absolutória dos seus membros, como nas decisões de júris pouco propensos a condenar, e mulheres que enfrentam sistematicamente o desrespeito de sua cidadania e o desprezo para com seu corpo reprodutor, está mostrando alguns dos seus problemas.

No debate público aberto sobre a questão do aborto, há uma demanda de descriminalização que não parece ser ouvida, ao contrário de manifestações de médicos que amparam sentenças de juízes *contra legem*, no sentido de se ampliar os atuais permissivos da lei de aborto, para anomalias fetais.

Entre o final da minha análise dos processos, em meados de 1993, e hoje, houve mudanças significativas na Justiça em relação ao aborto. Segundo levantamento do médico geneticista Marcos Frigério, citado em artigo da *Folha de S. Paulo* de 01.12.1996, "a Justiça concedeu pelo menos 350 alvarás para mulheres cujos diagnósticos médicos apontavam alguma anomalia fetal, permitindo a elas interromper a gravidez." Segundo a mesma fonte haveria mais de 100 alvarás concedidos no Rio de Janeiro, 90 em São Paulo, outros pelo resto do Brasil. O primeiro alvará foi concedido em Londrina em 1992 no caso de um feto portador de anencefalia (ausência de cérebro) portanto uma anomalia grave, mas a notícia só chegou ao grande público no ano seguinte. O juiz inovador, Miguel Kfoury Neto, entretanto, avança com muita prudência nessa matéria fazendo uma distinção entre anomalias fetais "com comprometimento grave da qualidade de vida" e outras como a síndrome de Down, por exemplo, que não é considerada como tal.

Essas sentenças *contra legem*, evidenciam um início de consenso entre promotores e juizes de que graves anomalias fetais são motivo suficiente para que os pais tomem essa decisão delicada e possam encontrar uma solução "não criminosa". O permissivo legal para o aborto em caso de anomalias fetais não existe na lei atual, mas vem sendo incluído na prática. Só para exemplificar o quanto é modesta a ousadia dessas sentenças, elas autorizam o aborto em casos de anencefalia, malformação que impede a vida do recém nascido além de algumas horas fora do útero materno. Não vou discutir se a anencefalia é mais grave do que a síndrome de Down ou não, pois a discussão do que é insuportável para uma sociedade ultrapassa de muito os limites desse trabalho. Num país onde é *suportável* que homens e mulheres, porque são pobres e/ou negros, sejam espancados pela polícia sem presunção do menor delito, onde o pau de arara é recurso comum de interrogatório policial, e onde a legítima defesa de honra absolve assassinos, a discussão sobre o "suportável" será longa. Mas ela já foi aberta, pois é nítida a tendência da sociedade em aceitar a introdução de mais um permissivo no texto da lei atual - alargando também um limite daquilo que a sociedade pode suportar - adiando forçosamente a descriminalização completa do aborto e indicando um caminho adaptativo do Judiciário às injunções da sociedade.

Em todo caso, a conceituação dos juizes (cidadãos que crescem e vivem em determinado ambiente socio-cultural) a respeito da qualidade de vida merece um amplo debate sobre o que a nossa sociedade entende por isto.

Não é de hoje que datam as dúvidas a respeito da criminalização do aborto. Elas existem há muito tempo entre os profissionais do Judiciário. Na sua tese

de mestrado em Direito Penal datada de 1979, Matilde J. Hojda<sup>28</sup> já propunha que fosse permitido “à mulher abortar nos casos mais prementes” e que a “outorga da autorização à mulher para abortar ficaria condicionada a um tempo de gravidez não muito dilatado.” E concluía dizendo: “A nosso ver poderá o aborto ser condenado sob o ponto de vista moral, assim como ocorre no incesto, sem contudo ser apenado pela lei quando as razões da mulher forem maiores do que sua natural aversão a ele.”

O escândalo do aborto criminalizado tal como tratado na instância da Justiça não é apenas o fato em si, mas é a banalização com a qual são tratadas experiências humanas profundamente dolorosas, experiências vivenciadas por mulheres que querem decidir sobre suas vidas e, portanto sobre seus corpos reprodutores. Para a freira Ivone Gebara, vivemos numa “sociedade abortiva”<sup>29</sup>, embora – retomo as palavras de uma Defesa citada anteriormente – haja hoje, de Norte a Sul do País, muitas meninas de 14 anos e mulheres com plenas “condições psicológicas para tomar uma decisão consciente para os seus atos.” Seria interessante que tivessem também condições legais e culturais para que a “conjunção carnal” fosse conjunção e não submissão.

Mulheres capazes de decisões conscientes estão no movimento de mulheres mobilizadas para que os Executivos estaduais e municipais ofereçam serviços de saúde que atendam os casos de abortos ditos “legais” ou seja interrupções de gravidez conseqüente de estupro. A discussão recente deste tema promoveu novamente uma verborragia

pública sobre o que é a vida, quando começa, quando acaba, se embrião é feto, se feto é criança, se é decisão do casal, se é decisão da mulher ou se deve fazer-se um plebiscito. Discussão que será provavelmente ampliada nos próximos anos por conta da evolução da assistência à reprodução humana, da biotecnologia e das manipulações da matéria viva.

Anteriormente, na *Folha de S. Paulo* de 23.12.1995, rápidas declarações do então arcebispo de São Paulo acenaram em direção à muito eventual possibilidade de uma intervenção *contragestiva*, uma lavagem pós-coito, naquele momento misterioso em que não há nem gestação, nem atraso de regras, um *incognito* propício para a resolução do *différend*.

O polilogo público sobre o aborto traz à tona, sem que seja sempre claramente expresso, *um tecido de concepções sobre o que é um embrião como futura pessoa humana*, a partir das quais são constituídas as cadeias de argumentação a favor ou contra a autorização do aborto. Autores franceses utilizam a distinção entre duas concepções do ser humano, a *ontologia substancialista* e a *ontologia relacional holista* a propósito da definição de “embrião”. Para a primeira, ligada à tradição cristã, há no embrião presença da pessoa humana, enquanto que para a segunda, numa perspectiva kantiana de pessoa como ser dotado de razão, só há presença da pessoa com um ser humano nascido vivo.

As vozes anti-descriminalização do aborto constituem a sua oposição baseada na defesa da vida do embrião, porque consideram o embrião a partir de sua concepção, o próprio zigoto, como *pessoa humana real*, sujeito de direitos. A defesa da vida humana é um princípio fundador da nossa sociedade, há que ser respeitado. Não há contra-argumento

(28) *Aborto: liberação ou restrição*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

(29) Entrevista dada à *Veja*, 06.10.1993.

realmente convincente. Há o contra-argumento tentativo, digamos, da “qualidade” dessa vida humana, tanto para a mãe como para o embrião, que está apenas começando a ser discutido à luz das decisões *contra-legend* que apontam a necessidade de se admitir mais um permissivo para o aborto caridoso.

As vozes a favor da descriminalização do aborto consideram que o embrião é uma pessoa humana potencial e localizam no início da evolução do zigoto uma diferença no “direito a direitos”, considerando que nessa fase ele é totalmente dependente da gestante, esta sim uma pessoa humana viva, que existe, e é realmente sujeita de direitos.

O que está claro quando se observa a história recente do Brasil é que tanto os direitos como a cidadania são conceitos e práticas em construção e transformação permanentes. Nesse sentido, a cidadania caracteriza antes de mais nada a pessoa que tem o direito de ter direitos como já o dizia Hannah Arendt, direitos que vão sendo negociados no decorrer das lutas políticas que são a essência da prática da democracia.

De um lado, as mulheres brasileiras conquistaram *um espaço público de cidadania* no sentido de um *locus* político onde elas questionam a legitimidade dos direitos humanos ao reivindicar seja um alargamento desses direitos seja a sua reinterpretação como no caso dos direitos reprodutivos. Do outro, na esfera do privado, apesar das mudanças notáveis, reinam ainda direitos naturais e não aqueles da cidadania moderna. Por isso, parece que o reconhecimento de um indivíduo mulher, cidadã dotada de um corpo feminino tendo o direito de exigir direitos reprodutivos seria aparentemente o primeiro passo que permitiria reestruturar a ordem de gênero graças ao reconhecimento de igualdade das liberdades no campo da reprodução. Esse reconhecimento não signifi-

ca que o *différend* do aborto venha a ser resolvido com rapidez. Ora, o aborto é um problema grave para a maioria das mulheres brasileiras e deve encontrar uma solução capaz de abolir a desigual ilegalidade à qual eu me referia no início do artigo, capaz de remediar à experiência coletiva de ilegalidade tolerada e capaz de promover uma ampla reflexão de ordem bioética.

Em busca da tolerância da diferença, apresento a seguir algumas observações sobre a experiência jurisprudencial francesa a respeito do aborto, porque me pareceu instigante neste momento do nosso debate público.

De 1810 até 1975, na França, vigorou uma lei proibitiva do aborto muito parecida com a nossa prevendo penalidades e multas tanto para quem fizesse ou consentido ao aborto. Essa lei continua existindo. *O aborto não foi descriminalizado*. Em 1975, no auge das demandas feministas, a lei foi simplesmente *suspensa por 5 anos* enquanto um novo projeto fosse regulamentado. Em nenhum momento falou-se em revogar a lei. Em 1979, ela foi votada, “renovada”, reafirmando que ela “garante o respeito de qualquer ser humano desde o começo da vida. Não se pode infringir esse princípio a não ser em caso de necessidade e nas condições definidas pela presente lei”. Ela continua portanto considerando o aborto uma conduta punível mas autorizando a interrupção voluntária da gravidez “nas condições previstas pelo art. L.162-12 do Código de saúde pública, antes da décima semana, por um médico, num estabelecimento hospitalar público ou num estabelecimento hospitalar privado satisfazendo aos dispositivos do art. L.176 do Código de saúde pública”.<sup>30</sup> O

(30) Sobre a discussão francesa, ver: Forum Diderot (1996), *L'embryon humain est-il humain?*. Paris, PUF. As citações que

primeiro dos artigos que compõem o Código de saúde pública e que foram integrados à lei enuncia: "*A mulher grávida que o seu estado coloca numa situação de profunda aflição (détresse)* pode pedir ao seu médico a interrupção de sua gravidez (...)".

A exposição de motivos em defesa da nova lei frisou que a existência da lei proibitiva não impedia as mulheres de abortarem e que esse desrespeito acarretava uma tripla desordem: de ordem política, já que a lei é negada; de ordem social por causa dos riscos ligados à prática clandestina; de ordem moral pois a situação de ilegalidade abrigava excessos de todo tipo. Não foi concedido nenhum direito específico, particularmente nenhum direito que exigisse uma prestação ao sujeito do direito; "trata-se de uma tolerância", concessão que requereu uma construção jurídica *sui generis*. Há uma garantia de proteção do ser humano desde o começo da vida (e não da concepção) o que o define portador de direitos humanos e, a seguir, há uma longa exceção à regra proibitiva por causa de uma "necessidade" social. Criou-se uma nova figura de ré: ao declarar a intenção de interromper a sua gravidez, a gestante se declara culpada, porém sem nenhuma condição de ser indiciada conquanto respeite as regras da desobediência!

Pode-se dizer que houve de fato uma regulamentação da lei de proibição do aborto criando um permissivo único que controla a "desobediência", ou seja, a demanda de aborto. O controle se efetua de fato a partir do momento em que a gestante se declara em estado de "profunda aflição". Estado que autoriza os

próprios médicos a considerar não apenas o mal mas o paciente que o apresenta.

O que interessa sobremaneira salientar é que essa construção jurídica por esdrúxula que possa parecer mostrou-se adequada à realidade cultural e política da época, possibilitando a *todas* as mulheres francesas o acesso ao aborto seguro gratuito, o qual com o desenvolvimento da bioquímica é raramente um procedimento cirúrgico e se aproxima muito mais de uma *contragestação*, pela simples ingestão de uma pílula de hormônio. Essa construção jurídica permitiu o respeito da pluralidade social. O princípio do respeito da vida humana foi reafirmado, os direitos humanos também, o aborto não ficou sendo considerado um contraceptivo mal, algo que não é aconselhável, além de vir acompanhado de um verdadeiro programa de saúde pública. A liberdade reprodutiva de *todas* mulheres francesas está garantida há 22 anos, época em que não existiam os direitos reprodutivos e sem que fosse necessário redefinir os direitos humanos.

A experiência americana que, dois anos antes da França, declarou o aborto um direito constitucional, foi radicalmente diferente. O Supremo Tribunal americano chegou à conclusão de que o direito ao aborto durante os três primeiros meses de gravidez não podia ser negado sob qualquer alegação, invocando a emenda constitucional que estabelece que a vida, a liberdade e a propriedade não podem ser tiradas sem o devido processo legal. Ora, muitas liberdades têm sido tiradas nos Estados Unidos sem o devido processo legal! Entretanto, naquele momento, em 1973, a sociedade americana, nas palavras do juiz da Suprema Corte americana, louvou no direito de abortar durante os três primeiros meses de gravidez: "*o direito de definir seu próprio conceito de*

seguem pertencem a essa pequena coletânea. Outras considerações podem ser encontradas em Novaes, Simone B. e Salem, Tânia. (1995), "*Recontextualizando o embrião*", *Revista Estudos Feministas*, 3(1):65-88.

*existência*, de significado do universo e do mistério da vida humana" (citado numa matéria de *The Economist*, do início de 1997).

Sociedades e culturas diferentes, sistemas jurídicos diferentes, soluções diferentes porém convergentes. No Brasil, a instituição mais apropriada para instituir e respeitar os limites da cidadania, a Justiça, deveria conscientizar-se de que as mulheres não são "menores-civis" que precisam ser protegidas, nem "menores-morais" que precisam ser corrigidas. Devem ser tratadas como cidadãs de corpo inteiro e ter condições de construir sua individuação política como qualquer outra minoria política. Sabemos que nossa sociedade foi consti-

tuída por uma ordem autoritária em que há uma tendência permanente à descaracterização do cidadão em *mandado*: vítima, menor, um "outro" cuja responsabilidade não se completa nunca. Mesmo sabendo, é difícil entender esse processo em que estamos imergidos, porque os valores culturais impregnam o conjunto da sociedade estruturada por classe, gênero e raça. Mulheres de classes e cores diferentes defendem eventualmente os mesmos valores e visam os mesmos ideais do que outras mulheres e do que homens. Entretanto e ao mesmo tempo, no dia a dia, na prática da cidadania, elas e eles gozam de privilégios diferenciados e sofrem abusos diferenciados. É o caso do aborto.