



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

O CONSENTIMENTO DA GESTANTE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: A LEI PENAL COMO VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Adriano Carvalho da Costa

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

accosta35@hotmail.com

RESUMO. Esta comunicação fundamenta-se nos conceitos de dominação masculina e violência simbólica, segundo Bourdieu, para analisar criticamente o discurso jurídico-normativo enquanto instrumento estruturado e estruturante da ordem social, com destacado papel na imposição e na reprodução da dominação. A norma jurídica reflete em muitos aspectos esta violência simbólica das relações sociais assimétricas entre gêneros, funcionando como instrumento e catalizador da dominação, o que evidencia a importância de trazer à luz suas incongruências para contribuir com o debate sobre o tema. Utilizando os conceitos de Bourdieu, portanto, afirmamos que o Código Penal ao dispor sobre o consentimento juridicamente válido da gestante maior de 14 e menor de 18 anos no artigo 126, *caput*, confrontado com o que prevê o artigo 128, parágrafo único, expressa a violência simbólica da dominação masculina. Os artigos 126 e 128 tratam de situações em que o consentimento da gestante tem repercussão jurídica. No caso do artigo 126, o consentimento da gestante com 14 anos surte efeitos jurídicos relevantes na medida que tem o efeito prático de transformar essa gestante de vítima em coautora de crime e reduz em mais da metade a pena do consentido a realizar o aborto. No artigo 128, em que o consentimento válido é requisito para a realização de aborto no caso de gravidez resultante de estupro, a gestante de mais de 14 e menos de 18 anos é tida como incapaz. Esta valoração discrepante do consentimento nos dois dispositivos evidencia uma violência simbólica que reproduz, reflete e perpetua a dominação masculina.

Palavras-chave: Consentimento juridicamente válido, Aborto, Código Penal, Dominação Masculina, Violência Simbólica.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

1. INTRODUÇÃO

O Direito ocupa um lugar privilegiado entre os mecanismos de imposição e de manutenção da ordem social. É o instrumento por excelência de conformação e controle das condutas e de reprodução das formas de dominação. Embora o discurso jurídico sempre apresente suas atividades como uma busca quase transcendental de algo identificado com (e como) Justiça, seria muita ingenuidade acreditar na fantasia da norma criada por todos e para todos, traduzida em princípios jurídicos como o da igualdade de todos perante a lei. Existe na verdade um jogo ou disputa onde os vencedores obtêm o poder de impor suas regras e visões de mundo e de silenciar os demais. As leis são na verdade feitas por alguns e aplicadas a outros. Esse processo se opera claramente em algumas situações, como se dá quando determinados *lobbys* conseguem que sejam elaboradas leis fazendo prevalecer seus interesses. É algo que se tem estabelecido como próprio e indissociável do jogo político democrático, inclusive como fonte e caminho para a consecução do ideal de Justiça que seria o fim último das leis.

Muitos autores que se debruçaram sobre esse tema concordam que o discurso jurídico-normativo é instrumento de dominação e controle. Discorrendo sobre a imposição de regras e o comportamento desviante, Howard Becker disse que:

As pessoas estão sempre, de fato, impondo suas regras a outras, aplicando-as mais ou menos contra a vontade e sem o consentimento desses outros. [...] É verdade, em muitos aspectos, que os homens fazem regras para as mulheres em nossa sociedade. Os negros veem-se sujeitos às regras feitas para eles pelos brancos. A classe média traça regras que a classe baixa deve obedecer, nas escolas, nos tribunais e em outros lugares (BECKER, 2008).

Sobre a penalidade no séc. XIX, diz Foucault, “de maneira cada vez mais insistente, tem em vista menos a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos” (FOUCAULT, 2001, p. 84-85).

Conforme Bourdieu, “a concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui [...] para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra” (BOURDIEU, 1989, p. 212).



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

O Direito, pois, *sanciona e consagra* relações de força e de dominação; inclusive a que nos interessa nesse caso em particular, dos homens sobre as mulheres, e que se manifesta, preferencialmente, por meio do que Bourdieu definiu como *violência simbólica*.

A forma como o código penal brasileiro estabelece de modo injusto e contraditório quando a gestante com idade entre 14 e 18 anos terá o direito de que seu consentimento tenha relevância jurídica é violência simbólica na medida em que se lhe retira o direito à autodeterminação sobre a sua vida e o seu corpo e desqualifica e diminui sua capacidade decisória.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e documental, que consiste na leitura de artigos científicos e documentos sobre a temática abordada. A presente comunicação propõe uma análise qualitativa do objeto de pesquisa, pelo que se faz necessário sejam reconhecidos pressupostos anteriores que inevitavelmente exercerão influência sobre o estudo e seus resultados.

Assim, parte-se dos pressupostos de que, como disse Bourdieu, “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito” (BOURDIEU, 1989, p. 212), e que essa concorrência se dá em função do controle de mecanismos de dominação e de que existe uma dominação masculina nas relações entre gêneros em nossa sociedade.

O objeto da pesquisa social qualitativa, no caso presente, o discurso jurídico-normativo como instrumento de sujeição de condutas e como produto e ao mesmo tempo meio de manutenção da dominação masculina, em tudo se distingue das formas de abordagens das ciências naturais, pelo que não tenta tornar a hipótese de pesquisa representativa de situações semelhantes ou objetivar os seus resultados, uma vez que o objeto de pesquisa é singular e as conclusões inferidas dizem respeito unicamente a ele.

Este texto tem, portanto, a pretensão de propor uma reflexão sobre o processo legislativo como produto e como meio de reprodução da desigualdade de gênero, ou seja, como estruturas estruturantes e estruturadas dessa realidade simbólica, o que pode ser útil em termos práticos, ao explicitar o funcionamento de mecanismos de submissão que passam despercebidos.

3. O CONSENTIMENTO DA GESTANTE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

O consentimento do ofendido pode ser conceituado, de acordo com Luiz Flávio Gomes, como “a anuência ou a adesão do ofendido (da vítima) que autoriza a lesão ou o perigo jurídico que lhe pertence (e que está inserido no âmbito da sua autonomia pessoal)” (GOMES, 2006, p. 221). É a manifestação de vontade da vítima que autoriza a conduta delituosa.

Para dar ideia da dimensão da relevância do consentimento da vítima em matéria penal, basta dizer que, nos países onde a eutanásia é legal, o consentimento é o único fator de distinção entre o homicídio doloso e a eutanásia. O que na prática significa que o consentimento do ofendido define uma conduta punível com prisão perpétua e uma ação permitida pela Lei.

Evidentemente um delito é sempre cometido contra a vontade da vítima. Algo só pode ser furtado contra a vontade do proprietário. Havendo concordância na transferência da propriedade terá havido doação ou outro ato, mas nunca furto. Do mesmo modo, um estupro é o ato sexual sem concordância de uma das partes. Se os dois desejam o ato, eles fazem amor (ou algo assim).

Nestes dois exemplos, o bem objeto jurídico do consentimento está na esfera de disponibilidade do aquiescente. Isso no sentido de que é ele o titular do bem, e não no sentido de se julgar a disponibilidade do bem jurídico. De todo modo, é universal e inquestionável o direito de consentir com uma relação sexual ou de permitir que alguém utilize algo de que tenha a propriedade.

Há outros bens, porém, cuja disponibilidade é totalmente interdita, ou que têm a disponibilidade flexibilizada, desde que ocorram certas circunstâncias e se observem algumas regras. Por razões variadas que não interessam aqui, o direito à vida é, em princípio, indisponível. Não se pode autorizar a própria morte. Mesmo que a vítima autorize expressamente a própria morte, ainda assim estará configurado o homicídio. Se alguém, no entanto, veste luvas e sobe em ringue de lutas oficial, e, obedecidas as regras e o árbitro, vem a ser espancado até a morte, não há nada de errado nessa conduta. Ao menos não para o direito penal. Foi um acidente lamentável.

Serve aqui também o exemplo da eutanásia. Atendidas certas condições, como o estado de doença terminal com sofrimentos físicos e psíquicos, a irreversibilidade do quadro da doença atestado por certo número de especialistas, e outras mais, onde sua prática é legalizada é possível que o paciente decida pela interrupção de sua vida. A diferença para o



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

homicídio é a vontade livre manifesta pelo consentimento, pois dadas as mesmas condições, sem a manifestação da vontade haveria assassinato.

Outro exemplo: sendo absoluto o direito à integridade física, o que autoriza um paciente se submeter a uma cirurgia para implantar próteses de silicone com fins estéticos? Se a lei autoriza que alguém submeta sua vida a risco para extrair tecido adiposo indesejado das ancas ou para extrair duas costelas para “afinar a cintura”, o que legitima a proibição da ingestão de certas substâncias em razão de serem psicoativas?

São todas discussões riquíssimas, mas aqui mencionadas apenas para se ressaltar a relevância do consentimento jurídico na estrutura dos delitos. Em todos os exemplos citados, o que diferencia a conduta típica punível do comportamento normal é simplesmente a aquiescência da vítima. A retirada de costelas sem autorização é um grave delito.

Portanto, o consentimento juridicamente válido tem o condão de transformar condutas criminosas e puníveis em ações perfeitamente conforme a lei, e estabelece a distinção entre um criminoso e um profissional exercendo seu ofício.

Dada sua grande relevância, o consentimento tem que satisfazer certos requisitos. A manifestação da vontade deve ser livre de coação ou de qualquer outro vício da vontade. E no momento em que está aquiescendo, aquele que se manifesta deve estar apto a entender o significado e as consequências de sua decisão. E deve ainda ser proferido por pessoa plenamente capaz. Assim, segundo a doutrina corrente, vicia o consentimento o uso de bebidas alcóolicas e outras drogas.

E naturalmente quem consente deve ter idade para tanto. Não existe na lei penal brasileira uma idade-limite para a capacidade de consentir, mas os especialistas, em sua maioria, concordam que a idade deva coincidir com a da maioridade penal, ou seja, dezoito anos.

Inobstante a idade de dezoito anos se apresente como a melhor solução para o silêncio da lei, há no Código Penal Brasileiro situações em que o limite etário para o consentimento válido é de quatorze anos. É o que ocorre no crime de aborto e com a idade para consentir com relações sexuais, e eis que aqui se inicia a explicação do presente objeto de estudo propriamente.

Ao tipificar em seu art. 217-A como “estupro de vulnerável” a conduta “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos”, punível com pena de reclusão de 8



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

(oito) a 15 (quinze) anos, a lei penal diz por via reversa que essa é a idade mínima para consentir em ter sexo, qualquer que seja a modalidade de sexo.

Anteriormente havia ainda o *rapto consensual*, previsto no art. 220 do código penal e revogado há não muito tempo pela Lei nº. 11.106, de 2005. Nesse caso, o consentimento da vítima diminuía a pena prevista no artigo 219 para o delito de rapto, que era reclusão, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, para detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, “se a raptada é maior de 14 (catorze) anos e menor de 21 anos (vinte e um), e o rapto de dá com seu consentimento”.

Outro caso de consentimento juridicamente válido aos 14 anos de idade no código penal é o do artigo 126, que dispõe acerca do crime de aborto consentido. O que esses três dispositivos de lei têm em comum e peculiar é que o sujeito (ou a vítima) que pode consentir excepcionalmente aos 14 anos é quase obrigatoriamente mulher, em situações que de algum modo envolvem sexo (gravidez/aborto), e que o consentimento intervém para minimizar a situação do autor do crime, daquele que praticou o ato descrito como crime.

Ao que parece, os redatores do código penal entenderam razoável estabelecer que o consentimento da vítima tem validade jurídica em caráter excepcionalíssimo aos 14 anos para autorizar uma menina nessa idade a pedir para ser raptada, para que tenham sexo com ela e para que interrompam uma gravidez indesejada. Não se está aqui dizendo que essas possibilidades de consentir sejam necessariamente negativas, embora não seja possível deixar de observar que essa autorização para consentir aproveita não somente a quem consente. Na verdade não há nenhuma valoração na constatação acima. A possibilidade de que a partir dos 14 anos um adolescente de ambos os sexos possa consentir com a prática sexual é incontornável.

E poderá parecer exagerado para alguns, mas serve o mesmo raciocínio para o *rapto*, que saiu de cena em 2005, certamente pelo desuso. Convém lembrar que o código penal é de 1940, início da Segunda Guerra Mundial. Portanto, é razoável a suposição que ao seu tempo a prática do rapto tenha tido alguma popularidade entre casais que sofriam desaprovação e que a diminuição da culpa do autor do delito pelo consentimento da raptada tenha sido vista como fator de inquestionável justiça. Nesses dois casos, das possibilidades de consentir para o rapto com fins de praticar “atos libidinosos” e de aquiescer com a prática do ato sexual, pode-se argumentar que a legislação respeita decisões de disposição sobre o próprio corpo.

O mesmo não pode ser dito com relação ao consentimento que pode ser dado conforme previsto no artigo 126 do código penal, que dispõe sobre “provocar aborto COM O CONSENTIMENTO da gestante”, ao que comina pena de “reclusão de 1 (um) a 4 (quatro)



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

anos”. O *parágrafo único* desse mesmo artigo 126 é que traz a previsão de possibilidade de menor com 14 anos de idade consentir para a prática do aborto, ao qual nos referiremos simplesmente como “crime de aborto”, por ser a situação legal dessa prática na lei brasileira, e não por opinião ou adesão. Nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 126, “aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”. Naturalmente que o anterior mencionado acima é o artigo 125, que dispõe acerca do crime de “provocar aborto, SEM O CONSENTIMENTO da gestante, e comina pena de 3 (três) a 10 (dez) anos para quem realiza aborto sem autorização da gestante”.

Dentre os casos referidos, sem dúvida esse do artigo 126 que o consentimento da vítima de 14 anos produz os efeitos mais relevantes. O mais evidente é de reduzir em mais da metade a pena de quem realiza o aborto, diminuindo-a de 3 a 10 anos para 1 a 4 anos. Mas faz bem mais que isso, posto que uma pena de 4 anos nunca se inicia em regime fechado e uma de 8 anos necessariamente se inicia em regime fechado. Assim, essa autorização da vítima para o crime não apenas opera uma considerável redução na quantidade da pena, mas pode significar a diferença entre ser efetivamente preso ou cumprir a pena em liberdade. Essa é a principal consequência prática para o sujeito ativo do crime.

Outra consequência desse consentimento é retirar aquela que consente (gestante com idade entre 14 e 18 anos) do lugar de vítima para torná-la partícipe do crime, sujeita à pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos do artigo 124, prevista para quem “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. Ao solicitar que alguém pratique em si um aborto, a gestante deixa de ser vítima e pratica ato definido como crime. O consentimento juridicamente válido nesse caso realiza como que uma divisão nas responsabilidades entre quem pede e quem faz o aborto. Considerados os tamanhos das penas, constata-se a divisão quase no meio da pena mais severa do artigo 125 nas penas menores dos artigos 124 e 126. E nesse fato, considerado em si mesmo, não há nada de absurdo, dentro da economia dos crimes e das penas que rege a legislação penal brasileira. O entendimento doutrinário dominante é de que ao consentir com o crime, a vítima está interagindo com o autor e isso deve ser levado em conta pelo Direito Penal.

O inusitado, entretanto, é que a lei penal, excepcionalmente (muito excepcionalmente, como demonstrado), neste caso, estenda a validade do consentimento para desde os 14 anos para que aquela que consente deixe de ser a vítima para ter participação ativa no crime. Diferentemente dos outros casos apresentados, em que, para além de qualquer posicionamento moral, se pode facilmente reconhecer a possibilidade de que seja benéfico, para aquela que



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

decide, que seu consentimento seja considerado juridicamente válido quando ela concorda em ser raptada ou em manter relações sexuais. Mas no caso do consentimento para autorizar que lhe seja feito um aborto não há nenhum benefício visível para quem consente, posto que ao contrário dos outros casos mencionados aqui há prática de crime. Concretamente, os únicos resultados dessa exceção são amenizar a situação do autor do crime e tornar aquela que consente coautora desse mesmo crime. E é importante que se diga que, nesse caso específico, a prática do delito em questão sujeita a adolescente maior de 14 anos e menor de 18 anos à medida de segurança, ou seja, internação em instituição para menores infratores.

À primeira vista talvez pareça de lídima justiça essa concessão excepcionalíssima para que a gestante, já aos 14 anos, possa decidir sobre os rumos de sua gravidez e se responsabilize pelos resultados dessa sua decisão, mas a verdade é que esse poder de decisão, que se manifesta pelo consentimento juridicamente válido para que lhe interrompam uma gravidez, tem como efeito único transformá-la em delinquente. A exceção à regra da capacidade para consentir apenas aos 18 anos tem como único fim criminalizar a conduta já desde os 14 anos, com efeito imediato mais visível de tornar corresponsável aquela que consente, com a consequente divisão da responsabilidade e da pena com aquele que realizou o aborto.

O absurdo da situação fica ainda mais patente quando considerado que logo a seguir, ao tratar do “aborto no caso de gravidez resultante de estupro”, o artigo 128, inciso II, dispõe que “não se pune o aborto praticado por médico, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Neste caso, em que excepcionalíssimamente a lei autoriza a prática do aborto, por razões humanitárias óbvias, a gestante menor de 18 e maior de 14 é posta de volta em sua incapacidade legal, ficando dependente de que um representante legal autorize que seja feito o aborto na gravidez resultante de estupro. Temos, pois, essa esdrúxula e paradoxal situação em que a lei valida um consentimento para um aborto quando de uma gravidez apenas indesejada, mas de relação consentida, para criminalizar a gestante; e não reconhece esse mesmo consentimento quando é para a gestante decidir se interrompe uma gravidez resultante de estupro, o que afinal a lei permite.

4. CONCLUSÃO

Como já referido, o discurso jurídico-normativo, enquanto instrumento estruturado e estruturante da ordem social tem relevante destaque na imposição e na perpetuação da dominação de uma classe (ou gênero, etnia) sobre a outra, na medida em que a norma jurídica



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

reflete em muitos aspectos a violência simbólica que institui e que reproduz as relações sociais assimétricas de gênero, funcionando como instrumento e catalizador da dominação masculina. Bourdieu define violência simbólica do seguinte modo:

Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento (BOURDIEU, 2003, p. 07-08).

No que se refere ao caso do presente estudo, especificamente, a arbitrariedade do discurso jurídico-normativo e a violência simbólica estão presentes na forma discrepante e inconciliável de considerar o consentimento da gestante com idade entre 14 e 18 anos, em dois artigos do código penal que dispõem sobre o crime aborto. Em situações de premissas praticamente idênticas, reputa juridicamente válido o consentimento que tem como efeito unicamente tornar a vítima corresponsável por um delito e atenuar a pena daquele que realizou o aborto, e desqualifica como irrelevante esse mesmo consentimento quando para manifestar a concordância exigida na lei para autorizar a interrupção de gravidez resultante de estupro.

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se encontram agentes investidos de competência social ou técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de texto que consagra a visão legítima, justa, do mundo social (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Portanto, muito longe da equidade e da imparcialidade das quais o discurso jurídico-normativo pretende ser mensageiro e guardião, o que de fato transparece das contradições observadas é que as normas jurídicas espelham a ordem social vigente, instituindo e reproduzindo as relações de dominação. Ainda de acordo com Bourdieu,

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui [...] para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Assim, longe dessa pretensa independência das forças consagradas, a violência simbólica da dominação sancionada resta evidente nesse jogo de contradições no qual a gestante é considerada capaz de consentir, precocemente, no caso de um aborto não permitido, quando é para ser passível de responsabilização por um delito, ao passo que no caso de gravidez resultante de estupro, em que o aborto é permitido por lei, essa mesma gestante é declarada incapaz de decidir pela sua realização.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar. 2009. 231 p.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 3ª edição, 2003. 149 p.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Lisboa: DIFEL, 1989. 311 p.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2012.

FERRAZERI JÚNIOR, Celso. *Guia do Trabalho Científico*. São Paulo: Contexto, 2013. 153 p.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora. 2ª edição, 2001. 158 p.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal. Parte Geral. Teoria Constitucionalista do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª edição, 2006. 400 p.