

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

**O PROJETO DE LEI DO ESTATUTO DO NASCITURO (PL 478/07) E SUAS
DISPOSIÇÕES PENAIS: PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E OS LIMITES DO PODER DE INCRIMINAR**

**THE UNBORNS STATUTE BILL (PL 478/07) AND ITS CRIMINAL PROVISIONS:
THE INJURITY PRINCIPLE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE LIMITS TO
THE POWER TO INCRIMINATE**

André Freire Azevedo

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas das modificações em matéria penal que se pretende introduzir no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Projeto de Lei 478/07, do Estatuto do Nascituro. Após uma breve introdução do contexto de investigação jurídico-constitucional em que o trabalho se insere (I), discutiremos alguns aspectos do princípio da ofensividade enquanto limite ao poder do Estado de incriminar, sob a perspectiva constitucional (II); em seguida, será feita uma análise crítica, à luz das considerações anteriores, de algumas das modificações que o PL 478/07 pretende introduzir no Direito Penal Brasileiro, no que diz respeito à tentativa de criminalização da divulgação de informações sobre o aborto, confrontada com os direitos constitucionais à liberdade de expressão, à saúde e à informação (III); e no que diz respeito à tentativa de inserção na legislação penal dos crimes de apologia e incitação ao aborto e de injúria ao nascituro, confrontados com o direito constitucional à liberdade de expressão (IV).

Palavras-chave: Princípio da ofensividade, Estatuto do nascituro, Projeto de lei 478/07, Direitos fundamentais, Liberdade de expressão

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper aims to analyze some of the changes in criminal matter that the Unborns Statute Bill (PL 478/07) intends to introduce on the Brazilian legal system. After a brief introduction about the context of the constitutional investigation of which the present work is part (I), we discuss some aspects of the principle of injury as a limit to the states power to incriminate, under the constitutional perspective (II); then, we proceed to a critical analysis of the PL 478/07, first about the attempt to criminalize publicizing information about abortion, in face of the constitutional rights of freedom of speech, health and information (III); and second about the attempt to criminalize the defense of abortion, the encouragement of abortion and the injury to the unborn, confronted with the constitutional right to the freedom of speech (IV).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: injury principle, Unborns statute, Bill 478/07, Fundamental rights, Freedom of speech

I – O DIREITO AO ABORTO E SUA REPERCUSSÃO CONSTITUCIONAL: UM TRAJETO DE PESQUISA EM ANDAMENTO

No Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais se desenvolve, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, o Projeto de Pesquisa “Nova História do Processo de Constitucionalização Brasileiro e Teoria Crítica” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012), na linha de pesquisa “História, Poder e Liberdade”, no projeto estruturante de pesquisa “Identidade e Reconhecimento” e no Projeto “Identidades, Reconhecimento e Novos Saberes Jurídicos”. A contribuição para essa nova história parte do pressuposto de que a constitucionalização pode ser reconstruída como um processo não-linear e descontínuo de lutas por reconhecimento (HONNETH, 2009a)¹ e de aprendizado social com o Direito (HABERMAS, 2001, 2002, 2003, 2011)² que se realiza no decorrer da história, sujeito a retrocessos, mas capaz de se autocorrigir.

A tradição da Teoria Crítica adota um criticismo social de caráter reconstrutivo, na medida em que apresenta um tipo de autorreflexão do processo histórico em que as normas ou princípios aos quais a crítica se refere só podem ser aqueles que já estejam, de alguma maneira, presentes e ancorados na própria realidade histórica (HONNETH, 2009b, p. 49). Nesse marco, o projeto de pesquisa mencionado assume uma postura reflexiva sobre o modo com que os princípios, regras e procedimentos que, em sua dinâmica interna, constituem determinada tradição constitucional, se impuseram historicamente como forma de justificação política de ordens jurídicas na modernidade (como seu fundamento de legitimidade), procurando demonstrar que eles estão permanentemente abertos a um redimensionamento, a um futuro insaturável de novas construções jurídicas e políticas. Desde o ponto de vista de processos concretos, a democracia constitucional decorre de um processo de lutas sociais por

¹ Em “Luta Por Reconhecimento” (HONNETH, 2009a), Honneth apresenta sua tese de que a construção da identidade individual é mediada pelo mecanismo do reconhecimento, que se dá nas dimensões do amor, do direito e da solidariedade – não somente pela inclusão econômica; nesse quadro, a ausência de reconhecimento deflagra os conflitos sociais e a luta por reconhecimento é o motor das mudanças na sociedade.

² Em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” (HABERMAS, 2003, 2011), Habermas delineia sua teoria discursiva do direito e da democracia; na obra “A Inclusão do Outro” (HABERMAS, 2002), estão presentes importantes reflexões sobre a relação entre o sistema de direitos, as autonomias pública e privada e o pluralismo político no Estado Democrático de Direito; em seu artigo de 2001 (HABERMAS, 2001), Habermas propõe que uma constituição democrática é um projeto político de longo prazo em que distintas gerações se sucedem na tarefa de atualizar o conteúdo normativo insaturável do sistema de direitos previsto nessa Constituição.

reconhecimento, e os direitos podem desdobrar seus significados na medida em que se colocam como objeto de novas lutas políticas e sociais.

No âmbito do projeto de pesquisa mencionado, se desenvolve atualmente a pesquisa, em nível de mestrado, intitulada *“Direito ao aborto e Constituição: Identidade, diferença e jurisdição constitucional”* (AZEVEDO, 2014). A investigação trata, de maneira ampla, o direito ao aborto analisado desde o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, propondo uma discussão sobre a relação interna entre os discursos e as lutas políticas feministas pelo reconhecimento do aborto legal e seguro no Brasil com o sentido do constitucionalismo – enquanto promessa de reconhecimento de iguais direitos de liberdade e igualdade transformada em substrato de legitimação política do Estado. O trabalho adota uma metodologia reconstrutiva, ancorada na tradição da teoria crítica e feminista, que é essencialmente interdisciplinar – uma vez que reconhece que o sentido dos princípios do constitucionalismo não são derivados de uma filosofia política formulada num plano transcendente e totalmente abstrato, por um sujeito indeterminado, mas são objeto de permanentes disputas hermenêuticas (e, portanto, políticas) quanto ao seu alcance, operacionalidade, significado e repercussões políticas. Nesse sentido, a pesquisa pressupõe que só faz sentido discutir teoria normativa (pesquisar problemas sob o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional e da Teoria Política) caso essas disciplinas estejam abertas a um esforço mais amplo de análise da radicação dos ideais nas bases essencialmente conflitivas do social, através da contribuição de disciplinas como a Sociologia, a Ciência Política e a História.

Para ancorar a pesquisa jurídica sobre direitos fundamentais na própria realidade histórica, é de fundamental importância a metodologia de trabalho proposta por Rosenfeld (2010): entendidos os discursos constitucionais como discursos sobre qual é o sentido e extensão dos direitos fundamentais e humanos que “nós” nos reconhecemos reciprocamente como impositivos para que possamos regular legitimamente nossa convivência por meio do direito, Rosenfeld propõe que determinada identidade constitucional (simultaneamente distinta e dependente das múltiplas identidades individuais e coletivas em que está apoiada) é construída e reconstruída por meio de discursos constitucionais que perpassam três eixos discursivos principais: negação, metáfora e metonímia. O instrumental analítico proposto por Rosenfeld parece extremamente útil porque permite radicar a pesquisa jurídica em direitos fundamentais na análise dos discursos dos próprios participantes da prática interpretativa que é o direito, o que evita que a pesquisa sobre direitos fundamentais seja conduzida numa perspectiva que, típica de uma teoria jurídica especializada em questões normativas, vê um hiato entre um ideal

fixo e de existência autônoma presente nos direitos fundamentais e uma realidade que busca se adequar a esse ideal – como se os direitos fundamentais tivessem uma essência e uma existência autônoma em relação à sociedade que os projeta. Assim, o objetivo da investigação será analisar de que maneira os discursos dos distintos atores envolvidos nas lutas políticas pela ampliação ou pela restrição dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, na medida em que fazem referência a um horizonte comum de direitos fundamentais (à vida, à igualdade, à liberdade, à autonomia, à saúde, à integridade, etc.), disputam um espaço de enunciação sobre a identidade do sujeito do discurso constitucional – verificando, na confrontação desses discursos com uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se há potencial para uma atuação mais ofensiva da jurisdição constitucional no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da aplicação da lei penal a outras modalidades de aborto voluntário – mais além da hipótese já reconhecida pelo Poder Judiciário de inconstitucionalidade da aplicação da lei penal ao aborto voluntário de fetos anencefálicos, na ADPF 54.

Dentre os objetivos específicos da investigação em questão, se destacam o levantamento bibliográfico de pesquisas destinadas a compreender a situação atual do problema do abortamento clandestino e inseguro no Brasil; a compreensão da história das lutas feministas pelo reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil; o levantamento dos discursos dos principais atores políticos envolvidos nas disputas políticas relativas à questão dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil – em especial as relativas ao direito ao aborto; a análise de trabalhos em que são analisadas as experiências de mulheres brasileiras que se submetem a abortos induzidos; a análise, a partir do referencial teórico proposto por Rosenfeld, da maneira pela qual esses discursos disputam um mesmo espaço de enunciação sobre a identidade do sujeito do discurso constitucional; a análise crítica da jurisprudência do STF, baseada no horizonte comum de direitos fundamentais implicados nas disputas políticas relativas ao direito ao aborto; e a análise, a título de conclusão, da aventada possibilidade de atuação mais ou menos ofensiva da jurisdição constitucional no que diz respeito à matéria (AZEVEDO, 2014, p. 17–18).

A pesquisa, desenvolvida atualmente com bolsa CAPES em nível de mestrado, se desenvolveu a partir de estudos preliminares realizados ainda durante o curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel. O trabalho, defendido no mês de dezembro de 2013 e aprovado com nota máxima, pretendeu, diante do fenômeno da “filtragem

constitucional”, levantar e analisar criticamente algumas das variáveis envolvidas no equacionamento jurídico-constitucional da problemática envolvendo o direito ao aborto, em específico no que diz respeito às suas inescapáveis repercussões jurídico-constitucionais. Em síntese, o trabalho pretendeu estabelecer algumas das bases para acessar a questão da recepção ou não-recepção da criminalização da interrupção voluntária da gravidez pela Constituição promulgada em 1988, ou ao menos quanto à recepção de uma interpretação “ampliada” sobre as hipóteses em que é constitucionalmente cabível a aplicação da norma penal – já num marco posterior à decisão, pelo STF, na ADPF 54, de que a interpretação de acordo com a qual a interrupção voluntária de gravidez em casos de anencefalia fetal é conduta penalmente típica é incompatível com o ordenamento constitucional.

Nesse quadro, o objetivo do trabalho é trazer a lume alguns dos estudos realizados nessa etapa preliminar da pesquisa, já concluída. Na parte final dessa pesquisa, foram analisadas algumas das potenciais inconstitucionalidades do Projeto de Lei 478/07 (projeto que pretende instituir o “Estatuto do Nascituro” no Brasil, para, dentre outras disposições, criminalizar a pesquisa com células-tronco embrionárias; aumentar as penas para os tipos de aborto já criminalizados pela legislação penal; superar o entendimento assentado pelo STF quando ao caráter penalmente atípico do aborto de fetos anencéfalos; criminalizar a “apologia ao aborto”; e oferecer “proteção integral ao nascituro”, que passaria a ser sujeito de “expectativa de direito à vida” a ser prioritariamente assegurada pela família, pela sociedade e pelo Estado), especialmente no que se refere à violação, em diversos dispositivos, dos princípios da supremacia constitucional e da dignidade da pessoa humana e dos direitos à liberdade de crença e consciência, à liberdade de expressão, à informação, à autonomia reprodutiva, à igualdade, à saúde e à integridade física e psíquica. Conclui-se então que o “Estatuto do Nascituro” é avesso ao pluralismo, uma vez que é uma tentativa de positivação legal de uma tese dogmática e heurística de acordo com a qual o produto da concepção se reveste de um caráter sagrado que deve ser protegido, através do processo político, contra qualquer tentativa de violação – independentemente do efetivo potencial de que desse produto se origine uma vida humana e até mesmo contra a profanação das palavras aviltantes.

O trabalho seguirá o seguinte percurso: após essa breve introdução (I), discutiremos alguns aspectos do princípio da “ofensividade” enquanto limite ao poder do Estado de incriminar, sob a perspectiva constitucional (II); em seguida, será feita uma análise crítica, à luz das considerações anteriores, de algumas das modificações que o Projeto de Lei 478/07 (Estatuto do Nascituro) pretende introduzir no Direito Penal Brasileiro, no que diz respeito à

tentativa de criminalização da divulgação de informações sobre o aborto, confrontada com os direitos constitucionais à liberdade de expressão, à saúde e à informação (III); e no que diz respeito à tentativa de inserção na legislação penal dos crimes de apologia e incitação ao aborto e de injúria ao nascituro, confrontados com o direito constitucional à liberdade de expressão (IV).

II – O PRINCÍPIO DA “OFENSIVIDADE” E OS LIMITES AO PODER DE INCRIMINAR: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Parte significativa da doutrina penalista brasileira, já há algum tempo, defende a existência de um princípio da *lesividade* ou *ofensividade* no Direito Penal que serviria como limite ao poder incriminatório do Estado. De acordo com esse princípio, “não haveria crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico” (GRECO, 2004, p. 90). De acordo com seus defensores, ainda, esse princípio gozaria de hierarquia constitucional (GRECO, 2004, p. 91).

O princípio, num certo sentido, traduziria uma dimensão objetiva do princípio da insignificância. A cominação em abstrato de penas, como se sabe, não tem o condão de, por si só, excluir do âmbito de incidência do tipo penal condutas que, não obstante formalmente coincidentes com a descrição do tipo, não importam em lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Assim, a tipicidade da conduta não se satisfaz com sua mera adequação formal ao tipo; a conduta deve também ser materialmente típica, por ser expressivamente ofensiva a bem jurídico, socialmente periculosa, ou reprovável – conforme requisitos estabelecidos na jurisprudência do STF (reiterados no RHC 115490/DF; no HC 115891/MG; no HC 113782/RS; e no RHC 115505/MG).

Caso um tipo penal fosse elaborado de tal forma que nenhuma conduta formalmente típica tenha o potencial de oferecer ofensa expressiva a um bem jurídico – porque a própria norma penal não protege bem algum –, tratar-se-ia de um crime inconstitucional, por violação do princípio da *ofensividade*. No entanto, é necessário proceder a uma análise mais aprofundada do assunto, tomando por base a acurada síntese de Luís Greco (2004).

Em primeiro lugar, se o princípio da ofensividade exige que a criminalização de uma conduta tenha por base a lesão ou o perigo de lesão de um bem jurídico, então o conceito de bem jurídico torna-se uma questão central. De uma perspectiva dogmática, no entanto, toda incriminação visa defender um bem jurídico: ele nada mais é do que o interesse protegido por determinada norma penal (GRECO, 2004, pp. 92-93), conceito que não se presta a limitar o poder de incriminar do legislador. Um conceito político-criminal de bem jurídico com tal eficácia deve ter arrimo na Constituição (BATISTA, 2011, p. 89–94; GRECO, 2004, p. 98).

Em face do princípio da subsidiariedade do Direito Penal – ou da última *ratio*, ou da intervenção mínima – Greco afirma que não basta que o conceito político-criminal de bem jurídico se fundamente em mero espelho de interesses protegidos pela Constituição (2004, p. 101). Para ele, três são as questões fundamentais no momento de definição do bem jurídico: a *importância fundamental* do bem ou do interesse protegido; a necessidade de que se parta de uma *teoria dualista do bem jurídico*, que admita a existência de bens jurídicos coletivos que não se encerram na sua dimensão de interesse individual – ainda que permaneça a necessidade de distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de meras retificações de bens jurídicos individuais –; e a necessidade de que o conceito se refira a *dados concretos*, não a valores ideais e desmaterializados que aumentam a possibilidade de postulação indiscriminada de bens jurídicos – sem, é claro, que o apego à realidade seja um apego à realidade empírica: a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de o aspecto empírico não lhe ser essencial (GRECO, 2004, pp. 102-106).

No entanto, a proteção de um bem jurídico cujo conceito parta desses elementos é condição necessária para a incriminação? O Direito Penal está adstrito à proteção dos *dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social com expressão constitucional*?

A resposta deve ser negativa. O crime de maus-tratos de animais silvestres ou domesticados (art. 32 da Lei 9605/98), por exemplo, não protege um bem jurídico no sentido acima descrito, a menos que se alargue o conceito a ponto de abarcar também o “sentimento de solidariedade para com os animais superiores” (GRECO, 2004, p. 108). No entanto, não parece haver dúvida de que torturar um cão por puro sadismo deva ser uma conduta criminalizada. Assim, ao invés de negar a possibilidade de criminalização da tortura de animais, ou de ainda alargar o conceito de bem jurídico a ponto de privá-lo de qualquer potencial crítico, é necessário reconhecer exceções à ideia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação (GRECO, 2004, p. 110). No entanto, esse aparente enfraquecimento do potencial crítico do

conceito é na verdade seu fortalecimento, pois permite “demarcar com precisão em que ponto se está utilizando o direito penal para tutelar interesses que já não são relativos ao homem e ao sistema social existentes, impondo àquele que defende tal incriminação um forte ônus de fundamentação” (GRECO, 2004, p. 110).

A questão é, dessa forma, colocada sob novo ângulo. Não é que seja vedado ao Estado criminalizar condutas sem a expressa finalidade de proteção de um bem jurídico de expressão constitucional. Os próprios defensores da inconstitucionalidade *in totum* dos crimes de perigo abstrato, cuja ameaça ao bem jurídico é presumida, em regra partem de um conceito político-criminal de bem jurídico mais amplo do que o aqui proposto, que engloba inclusive falsos bem jurídicos coletivos cuja ameaça supostamente concreta (à incolumidade pública, no crime de envenenamento de água potável, por exemplo) nada mais é do que uma ameaça abstrata a bens jurídicos individuais (a incolumidade pública não passa da soma da vida e da integridade física de todas as pessoas individualmente consideradas; o bem jurídico coletivo “meio ambiente”, ao contrário, tem na não-distributividade a marca da sua autenticidade) (GRECO, 2004, pp. 111-116).

O que se deve ter em vista é que a incriminação de uma conduta é, por conceito, uma restrição na esfera de liberdade de cada indivíduo. Se não há um bem jurídico a ser protegido por uma incriminação – um dado fundamental para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social que tenha expressão constitucional –, desde logo isso gera, em âmbito de justificação, um forte ônus argumentativo que exige a demonstração cabal da necessidade de tal incriminação. Mas isso não é tudo. Considerando que, dentro do conceito exposto, se não há bem jurídico a incriminação não estará baseada na proteção de um dado de expressão constitucional, na esfera da aplicação essa incriminação jamais poderá afrontar direitos fundamentais, na medida em que a demarcação política de objetivos só pode se sobrepor a reivindicações subjetivas de direitos se puder ser fundamentada à luz de direitos precedentes (DWORKIN, 2010, p. 129).

O princípio da ofensividade, lido à luz da Constituição, não afirma aprioristicamente a ilegitimidade de incriminações sem bem jurídico, mas denuncia a utilização dessas incriminações como forma de violação de direitos fundamentais. Por essa razão não é ilegítima a criminalização da tortura de um único animal doméstico de propriedade do torturador: por mais que não se possa falar em bem jurídico envolvido sem apelar para um alargamento desproporcional do bem jurídico “meio ambiente”, essa demarcação política de um objetivo (os animais não devem ser torturados) só se opõe a um direito fundamental na medida em que se

considere defensável a existência de um direito a torturar os animais. Em qualquer caso, a aplicação do “princípio da ofensividade” não comporta soluções globais.

Greco aponta que, de acordo com Roxin, a proteção ao embrião, além da proteção aos animais e às plantas, é um caso que pode comportar exceção à ideia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação. De fato, no caso do embrião, não há referência aos indivíduos hoje concretamente existentes ou às condições de subsistência do atual sistema social (GRECO, 2004, p. 109). A isso, adiciona-se a circunstância de que, como já tratamos em trabalho anterior (AZEVEDO, 2015), a tutela do embrião, da vida humana pré-natal ou da vida enquanto valor objetivo não goza, no Brasil, de expressão constitucional. Nesse contexto, qualquer tentativa de criminalização que tenha por objeto a proteção do embrião ou do feto só será válida e adequada caso passe pelo teste imposto por uma leitura constitucionalizada do princípio da lesividade ou da ofensividade.

III – A TENTATIVA DE CRIMINALIZAÇÃO DA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE O ABORTO E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, À SAÚDE E À INFORMAÇÃO

De acordo com o art. 24 da versão original do Projeto de Lei 478/07, passará, nos seguintes termos, a constituir crime:

Art. 24. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

O que se nota, logo à primeira vista, é que a criminalização proposta visa proibir genericamente que se anuncie processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, sem qualquer distinção entre as hipóteses em que a realização do aborto já é admitida pelo Código Penal e aquelas em que é vedada. Além disso, considerando que nos termos do projeto um mero embrião fecundado, mesmo que antes da nidação no colo do útero, é considerado um nascituro, o anúncio de um DIU ou de uma pílula do dia seguinte como métodos anticoncepcionais passaria a ser crime, na forma qualificada do parágrafo único.

Em primeiro lugar, vale lembrar o exemplo norte-americano, em que a progressiva oposição de empecilhos ao exercício do direito ao aborto que se seguiu à decisão no caso *Roe x Wade* (no qual a Suprema Corte afirmou que era inconstitucional qualquer legislação estadual criminalizando o aborto até o terceiro mês de gestação, em qualquer circunstância, dentre outras provisões) deixa claro que não basta o reconhecimento formal de um direito não é suficiente se o exercício desse direito é embaraçado a ponto de se tornar impraticável. De fato, como anota Susan Faludi,

a história da campanha contra o aborto nos anos que se seguiram ao *Roe* é bastante conhecida: os mais de cinquenta projetos de lei apresentados só no primeiro ano após o *Roe* para restringir os seus efeitos; a tentativa de 1974 para votar uma emenda constitucional para acabar com ele; a bem sucedida Emenda Hyde de 1976, cortando as verbas federais para o aborto; o cada vez mais decisivo papel desempenhado pelos presidentes republicanos nos anos 80; as subsequentes centenas de manobras legislativas que levaram a regras proibitivas e a atravancados regulamentos burocráticos em mais de trinta estados; os inúmeros desafios legais contra o *Roe* que culminaram, em 1989, na decisão *Webster* da Suprema Corte dos Estados Unidos – ironicamente, na véspera do Dia da Independência – que manteve as restrições estaduais sobre o aborto. E finalmente, o parecer da Suprema Corte, de 1991, permitindo que o governo proibisse que as clínicas subvencionadas por verbas federais até falassem em aborto com pacientes grávidas (FALUDI, 2001, p. 391).

Assim, por mais que a sentença que reconheceu às mulheres estadunidenses o direito constitucional ao aborto nunca tenha sido revogada,

no fim de 1987, 85% dos condados do país já não tinham centros de aborto. De acordo com uma pesquisa nacional, o número de pessoas capacitadas para o serviço caiu, no interior, em mais de 5% entre 1977 e 1988 – e 20% desta queda aconteceu depois de 1985. E a fonte de médicos especializados na prática de abortos estava secando. Os estados de Dakota do Norte e do Sul só tinham uma pessoa capacitada cada, e em pelo menos uma dúzia de estados, desde o Mississippi até Maryland, as mulheres tinham de atravessar as fronteiras estaduais para conseguir um aborto. No Missouri, as mulheres tinham que viajar o dia inteiro para finalmente acampar no pátio de estacionamento da única clínica de planejamento familiar em Saint Louis (...). Para as dezenas de milhões de mulheres que dependiam de cuidados médicos financiados pela União, até as poucas clínicas ainda em funcionamento estavam fora de alcance. As subvenções federais já não estavam mais à disposição das mais de duzentas e cinquenta mil mulheres que cada ano procuravam o aborto através da Previdência Social. No fim da década, todos os estados, com exceção de 12, tinham fechado os seus cofres aos abortos com subvenção estadual. (E mais, no começo dos anos 80 oito estados promulgaram leis limitando até a cobertura dos seguros privados para abortos.) Em Michigan, o fim dos abortos a cargo da Previdência Social - que passou a vigorar em 1988 - provocou uma queda de 10.300 abortos, isto é, 23%, no ano seguinte (FALUDI, 2001, p. 394).

Reconhecer que a mulher tem o direito de interromper voluntariamente sua gestação caso a gravidez tenha resultado, por exemplo, de um ato de violência – particularmente horrível em grande parte justamente por causa da possibilidade de que dele sobrevenha esse resultado – a pouco se presta se as mulheres são mantidas na ignorância em relação aos meios para o exercício desse direito.

De qualquer forma, mesmo que no contexto do projeto original a criminalização genérica do anúncio de qualquer “processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto” possa aparentar alguma coerência, uma vez que ele parece pretender proibir o aborto ainda que a gravidez tenha decorrido de estupro – hipótese flagrantemente inconstitucional –, o que se verá é que, ainda que a criminalização do aborto realizado em quaisquer circunstâncias fosse hipoteticamente válida, daí não decorreria automaticamente a validade da criminalização da divulgação de informações sobre o abortamento seguro – anunciar aqui entendido como “noticiar” ou “fazer conhecer”, e não somente “anunciar à venda”.

A criminalização do aborto em si e a criminalização da divulgação de informações sobre o abortamento seguro são coisas distintas, ainda que em ambos os casos não haja bem jurídico envolvido, no sentido político-criminal. Nesse contexto, a questão que se coloca é: fosse hipoteticamente válida a criminalização do aborto, a criminalização do anúncio de processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto constituiria violação do direito de liberdade de expressão? Ou, ao contrário, em tal contexto, a veiculação desse tipo de informação constituiria um ilícito, um abuso do direito de liberdade de expressão, na medida em que instruiria ou incitaria a prática de um crime?

Em primeiro lugar, mesmo longe de tentar descrever os intrincados fatores que levam uma mulher à complexa decisão sobre abortar, fato é que a disponibilidade de informações sobre o assunto dificilmente será um fator determinante. De acordo com o subsecretário de saúde pública do Uruguai, Leonel Briozzo, após a descriminalização, no país, do aborto realizado até a 12^a semana de gestação, o número de abortamentos realizados chegou a diminuir³. A mera divulgação de métodos, substâncias ou processos abortivos não pode ser confundida com a apologia ou a instigação ao aborto. Ao contrário, ela não guarda relação com a emissão de qualquer juízo sobre a realização de um aborto em si, estando protegida pela liberdade de manifestação do pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, artística,

³ Conforme noticiado no portal Terra (<http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/uruguai-governo-diz-que-numero-de-abortos-diminuiu-apos-descriminalizacao,ef6beaf4539ad310VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>, última consulta em 23/08/2015).

científica e de comunicação, independente de censura ou licença (art. 5º, IV; art. 5º, IX; e art. 220, todos da Constituição).

O abuso, no entanto, estaria configurado uma vez que a divulgação desse tipo de informação não incitaria, mas instruiria a prática de um crime? Parece evidente que não, desde logo porque a partir do momento em que existe no ordenamento jurídico uma única hipótese em que seja lícita a realização de um aborto, não é mais possível uma vinculação necessária entre anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto e a prática de um crime.

Em qualquer hipótese, mesmo que se estivesse diante de uma draconiana criminalização do aborto realizado em quaisquer circunstâncias⁴, permaneceria inconstitucional a incriminação que o art. 24 do projeto tenciona introduzir no ordenamento brasileiro.

A sanção para a prática de uma conduta proscribida pela legislação penal é tão somente aquela cominada em lei (art. 5º, XXXIX, CRFB). Considerando hipoteticamente válida a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, se uma mulher optar por enfrentar o ordenamento jurídico e realizar um aborto, sujeitar-se-á à pena para tanto cominada, e apenas a ela. Nesse caso específico, a criminalização da divulgação de informações sobre os distintos processos, substâncias ou objetos destinados ao abortamento representa uma tentativa de extensão dos efeitos da proibição legal ao próprio corpo feminino, uma vez que é tentativa de manter as mulheres sob um véu de ignorância que lhes pode custar, pelo cometimento de um ilícito, a própria integridade física. Mesmo que a mulher decida por realizar um aborto à revelia da proibição legal, por força de seu direito à informação (art. 5º, XIV, CRFB), conjugado com seu direito à saúde (art. 6º, CRFB), dela não podem ser privadas informações sobre como realizar o procedimento de forma segura, de quem se disponha a fornecê-las. Considerando que, no caso do aborto, os efeitos da conduta delituosa se restringem ao próprio corpo do agente, a tentativa de criminalização em análise é tão inconstitucional quanto seria, em situação análoga, a criminalização do anúncio de objetos apropriados ao consumo profilático de drogas injetáveis, com fundamento no fato de que o consumo de drogas constitui crime.

⁴ “El Salvador, Nicarágua e Chile, são países que criminalizam totalmente a interrupção voluntária da gravidez, o que gera graves impactos para os seus indicadores sociais. Por terem as legislações mais restritivas, são os países com maiores porcentagens de mortalidade materna” (cf. AMARAL, 2008, p. 3).

IV – APOLOGIA E INCITAÇÃO AO ABORTO, INJÚRIA AO NASCITURO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em três diferentes artigos, o Projeto de Lei 478/2007, em sua versão original, busca limitar o que pode ser dito em relação ao aborto ou ao nascituro. Em seus artigos 26 e 27, tenta introduzir um inusitado crime de “injúria ao nascituro”:

Art. 26. Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27. Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

O crime de injúria, tipificado no *caput* do art. 140 do Código Penal (“injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”), tem como bem jurídico a honra subjetiva do ofendido, isto é, a pretensão de respeito à sua dignidade, representada pelo sentimento ou concepção que tem a seu próprio respeito (BITENCOURT, 2011, p. 365). Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do crime de injúria; no entanto, em qualquer caso, é indispensável que a vítima tenha a capacidade de entender o caráter ofensivo da conduta do sujeito ativo, uma vez que a injúria se consuma quando esses conceitos negativos, que atingem atributos pessoais, a estima própria, o juízo positivo que cada um tem de si mesmo, chegam ao conhecimento da vítima (BITENCOURT, 2011, p. 366). O elemento subjetivo do crime de injúria é o dolo de dano, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido, atribuindo-lhe um juízo depreciativo; mas, além do dolo, faz-se necessário o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido: a simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si sós, são insuficientes para caracterizar o crime (BITENCOURT, 2011, p. 369).

Com essa digressão, fica explícita, a princípio, a completa desproporcionalidade das penas previstas nos arts. 26 e 27 do projeto. À injúria – em que há dano a uma pessoa concreta, que tem capacidade para se ofender, e cuja tipicidade demanda não só o dolo, mas um fim especial de agir enquanto elemento subjetivo do injusto (o *animus injuriandi*) – é cominada pena de detenção de um a seis meses *ou* multa. O projeto pretende que o crime de “referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas”, de mera conduta, seja

apenado com detenção de um a seis meses e multa, sem mencionar as penas previstas no art. 27, caso as “informações depreciativas” sejam veiculadas por qualquer meio de comunicação.

O crime de “exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens *injuriosas* à pessoa do nascituro” é, vale ressaltar, um crime invariavelmente impossível, por absoluta impropriedade do objeto material. Não existe nenhuma informação ou imagem que possa ser injuriosa “à *pessoa* do nascituro”, uma vez que a injúria pressupõe um dano psicológico a que só está sujeito quem tem ao menos alguma capacidade de entender a ofensa sofrida. À injúria reflexa, já contemplada pela criminalização genérica da injúria pelo Código Penal – em que, por exemplo, a ofensa ao nascituro atinge, na verdade, a mãe –, não poderia ser aplicado o artigo em questão, dada a expressa referência, no tipo, ao nascituro enquanto suposto sujeito passivo do crime.

A tentativa de incriminação da “referência ao nascituro com palavras ou expressões depreciativas” e da “exibição ou veiculação de informações ou imagens depreciativas à pessoa do nascituro”, por fim, novamente envolve a temática da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão. É claro que as liberdades subjetivas possuem limites intrínsecos naturais: a prática de um direito que macula o curso normal de outros direitos é um abuso de direito, um ilícito⁵ (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 113–125). O discurso de ódio, por exemplo, evidentemente não está albergado pela liberdade constitucional de expressão. No entanto, será possível entender a referência ao nascituro com expressões depreciativas como alheia à esfera de legítima manifestação do pensamento?

O problema aqui é a própria premissa em que se baseia todo o projeto do “Estatuto do Nascituro”: a tentativa de positivação legal de uma tese dogmática, heurística e metafísica de acordo com a qual o início da vida e da personalidade se circunscrevem ontologicamente na concepção, cujo produto se reveste de um caráter sagrado e inviolável que deve ser protegido até mesmo contra a profanação das palavras aviltantes.

Sem embargo, não há no nascituro um sujeito de direitos constitucionais a ser protegido contra a discriminação⁶. Não há sequer um sujeito capaz de consciência de alguma

⁵ Recomendamos sempre a leitura do texto “O Caso Ellwanger: Uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 113–125) para uma lúcida crítica ao raciocínio da ponderação de valores na jurisprudência constitucional, que relativiza a natureza deontológica do direito ao admitir implicitamente que condutas possam ser consideradas “meio lícitas, meio ilícitas”: no caso concreto, é necessário, ao invés de tratar pretensões conflitantes como uma disputa sobre a máxima efetivação de valores numa perspectiva instrumental, verificar se as pretensões normativas defendidas na argumentação sustentada pelos envolvidos podem ser reputadas abusivas ou não.

⁶ Tratamos dessa questão em trabalho anterior (cf. AZEVEDO, 2015).

forma de hostilidade. Se a liberdade de expressão não encontra qualquer óbice na proteção de supostos direitos do nascituro, tampouco o encontrará, em uma sociedade pluralista, no que não passa de uma tentativa de cerceamento da manifestação do pensamento em prol da imposição de uma concepção particularista acerca da sacralidade da vida pré-natal, por mais condenável que o menosprezo do nascituro, aos olhos dos autores do projeto, possa ser.

Nesse sentido se colocou o relator, Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADPF 187 – em que o STF, por unanimidade, declarou inconstitucional, sem redução no texto, a interpretação segundo a qual manifestações em prol da legalização de substâncias entorpecentes constituiriam apologia de crime ou de fato criminoso, na forma do art. 287 do Código Penal. O Ministro, citando integralmente trecho da inicial, de autoria da Procuradora-Geral da República então em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto, consignou que

uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir, pelos indivíduos, o que cada um pode ou não pode ouvir. Como ressaltou Ronald Dworkin, o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.

Daí por que o fato de uma ideia ser considerada errada ou mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as ideias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas (BRASIL, 2014, fls. 31-32).

Fica, dessa forma, clara a inconstitucionalidade dos arts. 26 e 27 do Projeto de Lei 478/2007. Trata-se de tentativa de incriminação que, não envolvendo a proteção de nenhum bem jurídico no sentido político-criminal, posto que o “nascituro” não é titular da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CRFB), arbitrariamente viola a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento – tão basilar para o nosso sistema jurídico-constitucional que assegurada em três diferentes dispositivos (art. 5º, IV; art. 5º, IX; e art. 220, CRFB). Por mais que a manifestação de desdém para com o nascituro pareça aos autores do projeto moralmente inaceitável, isso não é fundamento bastante para a proscrição da conduta por instrumento do Direito Penal.

Ainda neste tópico, por fim, cabe analisar brevemente o artigo 28 da versão inicial do projeto de “Estatuto do Nascituro”:

Art. 28. Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Trata-se da tentativa de inserção, no ordenamento jurídico, de um tipo especial para os delitos de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso, previstos no Código Penal. De fato, o dispositivo supracitado une em um só artigo os núcleos de ambos os delitos, especificamente quanto à apologia ou a incitação ao aborto, exacerbando a pena a ser nesse caso aplicada:

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

A desproporcionalidade das penas que o projeto busca cominar no art. 28, desde logo, fica evidente, na medida em que a apologia ou incitação ao aborto passaria a ser punida com pena mais alta do que a apologia ou incitação a praticamente qualquer outro crime. No entanto, isso, *a priori*, não se relaciona com a validade da medida proposta. A preocupação maior é de que se trate de uma tentativa de cercear as próprias discussões e as manifestações a favor da legalização do aborto.

Destarte, sem ingressar numa mais complexa discussão acerca da questionável constitucionalidade da incriminação genérica da apologia de crime ou criminoso ou da incitação ao crime, cumpre repetir a jurisprudência firmada pelo STF na citada ADPF 187/DF e na ADI 4274/DF – em que, por sua vez, foi declarada por unanimidade, sem redução de texto, inconstitucional a interpretação segundo a qual manifestações em prol da legalização de substâncias entorpecentes estariam tipificadas no crime de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”, previsto no art. 33, §2º da Lei 11.343/06:

EMENTA: ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”.

1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal⁷.
2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente).
3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes.
4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV).
5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. (BRASIL, 2012)

Na referida ADI, o Relator, em voto acompanhado por todos os demais Ministros, consignou que o direito de reunião (art. 5º, XVI, CRFB) é insusceptível de censura prévia – que implicaria matar, no próprio nascedouro, não só esse direito-meio, como todos os direitos-fim com ele relacionados, especialmente o direito à informação e de manifestação de pensamento (art. 5º, IV, CRFB) (BRASIL, 2012, fls. 2-3). Pensamento, expressão, informação e comunicação, separadamente protegidos pela Constituição, são passíveis de concreto exercício por ocasião de uma passeata, um comício, um ato público (art. 5º, IV, XIII e IV, CRFB) (BRASIL, 2012, fl. 3). De acordo com o voto, a garantia de liberdade de expressão foi desenhada para garantir que as instituições sociais e a legislação criminal federal e suas variadas formas de proibidas condutas estejam sujeitas a constantes revisões mediante debates e discussões, de tal forma que a realização de manifestações coletivas voltadas para a

⁷ “Neste ponto, vale registrar que a técnica de decisão adequada, pelo menos do aspecto dogmático, não seria a *interpretação conforme a Constituição*, mas a *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. É que na *interpretação conforme a Constituição*, a disposição legal ganha uma interpretação que a torna inconstitucional, fazendo com que a norma ‘vença’ a disposição textual, desde que, sempre, à luz da Constituição. Isto levaria a um improvimento de um pedido de inconstitucionalidade. Já na *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, aí sim, mantém-se a disposição textual no ordenamento jurídico, desde que refutada uma interpretação que seja inconstitucional” (CATTONI DE OLIVEIRA; MEYER, 2011, p. 263).

descriminalização das drogas é um regular exercício das conjugadas liberdades constitucionais citadas (BRASIL, 2012, fl. 4). Assim, não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização: quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja, nesse plano dos direitos fundamentais, desde que, óbvio, o faça de forma pacífica. Não o fosse, as normas penais estariam fadadas à perpetuidade, incompatível com o dinamismo e a diversidade tanto cultural quanto política (pluralismo) da sociedade democrática em que vivemos, em que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade (BRASIL, 2012, fl. 5). “Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode se blindar contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla e livre discussão dos seus defeitos e das suas virtudes. Impedir o questionamento de qualquer lei equivale a negar a licitude da discussão de qualquer tema” (BRASIL, 2012, fl. 6).

O efeito vinculante do julgamento da ADI 4274 ficou adstrito à declaração de inconstitucionalidade da proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. Por provocação do Ministro Gilmar Mendes, que se preocupava com que pudesse ser extraído do acórdão o sentido de que de acordo com o texto constitucional toda e qualquer reunião pode ser permitida, inclusive aquelas destinadas a manifestações racistas e discriminatórias, essa adstrição ficou expressamente circunscrita (ainda que, desde o princípio, o objeto da demanda já tratasse especificamente da questão das drogas). O Ministro Gilmar Mendes manifestou entender legítimas as manifestações a favor da descriminalização do aborto, questionando, no entanto, qual seria a postura da Suprema Corte diante de uma manifestação a favor da descriminalização da pedofilia, por exemplo.

Nesse ponto, o Ministro Celso de Mello ofereceu lúcida contribuição ao debate. De acordo com ele,

nada impede que correntes minoritárias, reunindo-se publicamente e de modo pacífico, possam sugerir, tratando-se da gravíssima questão da pedofilia, soluções alternativas que não somente aquelas de natureza penal. Nada impedirá, portanto, que esses mesmos grupos expressem, livremente, as suas ideias, que podem ser absolutamente conflitantes com o pensamento majoritário, mas que constituem expressão de suas próprias convicções, suscetíveis de circulação nos espaços públicos a todos assegurados pelo modelo democrático que rege e conforma a própria organização institucional do Estado brasileiro.

Numa comunidade estatal concreta, regida pelo princípio democrático, ideias não podem ser temidas, muito menos reprimidas, sob o falso argumento

de que hostilizam padrões morais ou culturais hegemônicos consolidados no âmbito de uma determinada formação social.

O que me parece irrecusável, Senhor Presidente, é que ideias devem ser combatidas com ideias e não sufocadas pelo exercício opressivo do poder estatal ou pela intolerância de grupos hegemônicos, partidários de uma "Weltanschauung", vale dizer, de uma concepção de mundo dominante na estrutura social (BRASIL, 2012, fl. 20) (grifos suprimidos do original).

O Ministro Luiz Fux, no entanto, amparado numa compreensão “axiologizante” da Constituição e do Direito, discordou do Ministro Celso de Mello. Para ele,

esses casos difíceis, sempre passam pelos princípios interpretativos materiais da Constituição. Acho que, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, essa é uma tese que não passaria nesse teste de forma alguma. Eu não posso crer que, em nome da liberdade de manifestação do pensamento, se admitisse uma reunião para discutir, eventualmente, a descriminalização da pedofilia sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade (BRASIL, 2012, fl. 21).

Nesse contexto, cumpre, desde logo, advertir para a necessidade de que o direito seja levado a sério: a realização do projeto de dar sentido racional aos nossos princípios constitucionais deve ser tratada com rigor, para que o caráter deontológico das normas neles inscritas não se dilua no mero arbítrio das preferências políticas de ordem subjetiva do julgador.

Conforme Dworkin, “argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (2010, p. 129); uma estratégia politicamente responsável para atingir um objetivo político não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. Os argumentos de princípio – emblemáticos dos discursos de aplicação jurisdicional – justificam uma decisão política, por outro lado, mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (DWORKIN, 2010, p. 129). Nesse caso, deve ser coerente a aplicação do princípio que se toma por base, de forma que todos os casos sejam tratados com igualdade, na medida em que seja possível demonstrar que o princípio é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas e com decisões que a instituição está preparada para tomar em situações hipotéticas (DWORKIN, 2010, pp. 138-139).

Os juízes estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que afirma que devem ser tomadas somente as decisões que possam ser justificadas no âmbito de uma teoria política que justifique também outras decisões que eles se propõem a tomar; a doutrina condena as decisões que parecem certas isoladamente, mas que não participam de uma teoria abrangente dos princípios que seja compatível com as outras decisões consideradas certas (DWORKIN,

2010, p. 137). Se há uma diferença entre dois casos, essa diferença deve poder ser incorporada em alguma teoria política geral. Em um discurso de aplicação jurídica, não há espaço para que se sustente a solução diferenciada com base em argumentos utilitários, pois o que está em jogo é um direito, um dever-ser, não a adequação de meios a fins.

O Ministro Luiz Fux parece desconhecer a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio. Para afirmar que os direitos de liberdade de expressão e de reunião não asilam manifestações em prol da descriminalização da pedofilia, no mesmo sentido do naquele instante estabelecido no julgamento da ADI 4274 quanto à descriminalização das drogas, se limita a invocar “princípios interpretativos materiais” da Constituição para afirmar, “sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade”, essa distinção. O que, diante de tão parca fundamentação, equivale a afirmar que o objetivo político por trás da autorização das manifestações é para ele defensável se elas se dão em prol da descriminalização das drogas, mas não no caso da descriminalização da pedofilia.

Uma análise mais rigorosa dos direitos constitucionais envolvidos na controvérsia, que leve a sério a *integridade* do direito, no entanto, exigirá mais que as meras preferências subjetivas dos julgadores para eventualmente fundamentar que, no futuro, algum caso que envolva os mesmos princípios seja tratado distintamente da forma com que se solucionou a controvérsia acerca da inconstitucionalidade da proibição da Marcha da Maconha. Nesse contexto, a menos que haja uma diferença substancial entre a discussão sobre a legalização das drogas e a discussão sobre a legalização do aborto (ou mesmo da pedofilia) que, coerente com a fundamentação desenvolvida pelo STF na ADI 4274 e na ADPF 187, legitime um tratamento diferenciado a ser aplicado no segundo caso (em um juízo que se aproxima da técnica do *distiguishing*, da *common law*) – ou, por outro lado, a menos que se forme um juízo coerente acerca da necessidade de superação de ambas as decisões citadas (em um juízo que se aproxima da técnica de *overruling*, também do direito consuetudinário) (NUNES *et al.*, 2011, p. 647) – deve ser oferecido tratamento igualitário aos casos.

Como entre a tentativa de criminalização de manifestações em prol da legalização do aborto e da legalização das drogas – em qualquer caso com fundamento nos delitos de apologia ou de incitação ao crime –, não parece haver nenhuma diferença substancial, qualquer tentativa de cercear as discussões e as manifestações a favor da legalização do aborto com fundamento numa eventual aprovação do art. 28 do Estatuto do Nascituro mostrar-se-á, conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal, manifestamente inconstitucional.

V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Fernanda P. “A Situação do Aborto Inseguro na América Latina com Ênfase no Brasil: uma afirmação de Direitos Humanos”. In: **Revista Ártemis**, n. 8 , 20 jun. 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/2311>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

AZEVEDO, André Freire. *Projeto de Pesquisa em Mestrado: Direito ao Aborto e Constituição: Identidade, Diferença e Jurisdição Constitucional*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2014.

AZEVEDO, André Freire. “O Status Constitucional da Vida-Humana Pré-Natal: uma abordagem Preliminar”. In: **Anais do XXIV Encontro Nacional do Conpedi**. Aracaju, 2015 (no prelo).

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. .

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial – Dos Crimes Contra a Pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 2 v.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274** (ADI 4274). Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidenta da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Distrito Federal, 06 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187** (ADPF 187). Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidenta da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 17 de junho de 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. .

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Projeto de Pesquisa: Nova história do processo de constitucionalização brasileiro e teoria crítica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emílio Peluso Neder. Anistia, História Constitucional e Direitos Humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p. 249–288.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 568 p.

FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres**. Tradução Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM** Ano 12. v. 49, n. Editora RT, jul. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Edições Loyola, 2002. 416 p. .978-85-15-02438-4.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? **Political Theory** v. 29, n. 6, p. 766–781, 1 dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009a.

HONNETH, Axel. **Pathologies of Reason: On the Legacy of Critical Theory**. [S.l.]: Columbia University Press, 2009b.

NUNES, Dierle *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: Fundamentação e Aplicação.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. .

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community.** [S.l.]: Routledge, 2010. 341 p. .978-1-135-25328-8.