

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RENATA ALMEIDA DA COSTA

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Caio Augusto Souza Lara; Renata Almeida Da Costa - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-436-5

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4.

Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Brasília-DF, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: “Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 14 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo “TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA”, os pesquisadores Felix Araujo Neto e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti abordam o incremento da população de mulheres encarceradas e sua relação com o microtráfico de drogas. Alertam para a gravidade das sanções desproporcionais, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Com relação ao trabalho “MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO”, de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Thiago Gomes Viana, verifica-se um importante estudo sobre a natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) da Lei nº 11.340/2006. Os

autores buscaram evidenciar os aspectos positivos e negativos da conexão entre tais mecanismos, dissertaram sobre a natureza cível ou penal das MPUs e analisaram jurisprudência temática.

Com o tema “O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL”, o pesquisador Deivid Lopes De Oliveira analisa o delineamento do ciberespaço e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco, a partir o referencial desenvolvido por Ulrich Beck. Investigou-se o surgimento dos novos bens jurídicos, a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico.

Acácia Gardênia Santos Lelis e Katia Cristina Santos Lelis, por sua vez, na pesquisa denominada “O DESVELO DO MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DO FETICHE DE “JUSTIÇA” ATRAVÉS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA”, estudam o método restaurativo juvenil como possibilidade de aplicação diferenciada e complementar da Justiça. Com tal propósito, buscaram conhecer as causas da criminalidade juvenil e as questões que norteiam a redução da maioria penal para apresentar a ideia do “fetiche de Justiça”, motivador da defesa da redução da maioria penal.

Buscando verificar o tratamento jurídico do terrorismo, Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak na investigação “MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO”, levantam as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Dissertam também sobre os pontos de tensão da Lei 13.260/2016, apresentando robustas críticas sobre a norma.

As professoras da Universidade Federal de Uberlândia Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo, no artigo “A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL”, jogam luz num dos principais problemas sociais brasileiros. Analisaram a possibilidade de descriminalização do aborto tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e apresentaram reflexões a partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581.

A investigação “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL: DEFESA E DELINEAMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”, de Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama defendem a processualização do inquérito policial, com contraditório, inclusive para se garantir o ideal de justiça defendido pelo republicanismo de Philip Pettit (a não-dominação). O estudo foi realizado a partir da distinção de Fazzalari entre processo e procedimento.

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Rafael Luengo Felipe tiveram por objetivo de pesquisa apresentar construções da dogmática penal contemporânea que impõem à vítima o dever de tutela sobre seus bens jurídicos. Apontaram em “AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES”, que algumas orientações doutrinárias se encaminham equivocadamente ao pretender a diminuição do Direito Penal às custas da retração do Estado e da imposição de deveres indevidos ao lesado.

No artigo “A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA”, os pesquisadores José Rodolfo Castelo De Rezende e Larissa Leandro Lara apontam a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva no nosso país, a trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeitando os direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição da República.

Os pesquisadores Anderson Luiz Brasil Silva e Thiago De Oliveira Rocha Siffermann, em “AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE”, avaliam que o nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Propõem um estudo do instituto jurídico do abuso da autoridade na sociedade brasileira e a cultura do "você sabe com quem está falando".

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual, Luanna Tomaz de Souza analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo. Em “A TRIÁDE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO”, assevera que com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo.

Por sua vez, no trabalho “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROFISSIONAIS DO SEXO: ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS, SOB UM OLHAR AUTONOMISTA”, os mineiros Erico De Oliveira Paiva e João Gabriel Fassbender Barreto Prates exploram o tema regulamentação jurídica da prostituição e o tratamento legal dispensado aos profissionais do sexo. Fazendo uma recapitulação histórica da tipificação penal do crime de “manter casa de prostituição”, debatem a questão da autonomia privada daqueles que, deliberadamente, escolhem a exploração do próprio corpo como meio de vida, tentando traçar os limites desta liberalidade, bem como apontam o paternalismo legislativo existente no Brasil.

Hermes Duarte Morais, na pesquisa “CONTROLE JUDICIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA (I): DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ITER PROCEDIMENTAL”, disserta sobre a larga utilização da colaboração premiada com a nova feição conferida pela lei nº 12.850/13 e sobre a insuficiência de estudos e decisões judiciais a respeito. Propõe a fixação de balizas conceituais e ontológicas do instituto para analisar como vem se desenvolvendo o controle judicial destes negócios jurídicos processuais.

Por fim, no artigo “A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA EM CRIMES QUE AFETAM BENS JURÍDICOS COLETIVOS. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DOS CRIMES AMBIENTAIS”, de Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, discutiu-se a legitimidade para propositura da ação privada subsidiária da pública em crimes que afetam interesses coletivos, a exemplo dos crimes ambientais. Afirmaram que é imperativo adotar interpretação que favoreça o acesso à justiça a partir da ampliação do rol de legitimados, para que se possa assegurar a proteção do bem.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende - UNB

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa - Unilasalle

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

DECRIMINALIZATION OF ABORTION PRACTICE IN BRAZIL: HISTORICAL ANALYSIS OF THE CASES BROUGHT BEFORE THE FEDERAL SUPREME COURT CONSIDERED UNDER THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL LAW THEORIE

Cândice Lisbôa Alves ¹
Beatriz Corrêa Camargo ²

Resumo

O artigo se propôs à análise da possibilidade de descriminalização do aborto no Brasil tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, intentada em março de 2017. Abordou-se como o tema vem sendo percebido pela jurisdição constitucional à partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581. Analisou-se por meio da dogmática penal, a concepção crítica de bem jurídico, afastando-se justificativas morais sobre o tema, inserindo-o em um debate racional e realista acerca de sua prática no Brasil. A pesquisa foi exploratória e bibliográfica. O método de abordagem foi o indutivo.

Palavras-chave: Aborto, Descriminalização, Bem jurídico, Jurisdição constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the possibility of decriminalization of abortion in Brazil due to the Claim of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) Number 442, in March 2017. It was discussed how the issue has been perceived by the constitutional jurisdiction from Of ADPF 54 (anencephalic), and also in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5581. Critical conception of legal property was analyzed through criminal dogmatics, moral justifications being removed on the subject, and a rational debate And realistic about its practice in Brazil. The research was exploratory and bibliographical. The method of approach was the inductive one.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Decriminalization, Legal interest, Constitutional jurisdiction

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Puc Minas. Professora Adjunta I do Curso de Direito e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

² Doutora em Direito Penal pela USP. Professora Adjunta I do Curso de Direito e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

1. Introdução

O presente artigo se dispõe à análise da possibilidade da descriminalização da prática do aborto no Brasil tendo em vista a celeuma estabelecida pelo ingresso junto ao Supremo Tribunal Federal da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 442. Na mencionada ação discute-se a recepção (ou não) dos artigos do Código Penal relacionados ao aborto, especialmente os artigos 124 e 128.

O significado prático dessa ação é reacender no cenário nacional a discussão sobre a viabilidade/adequação/pertinência da manutenção da criminalização do aborto no país. Visando, então, a fomentar essa análise o artigo se propôs a inicialmente apresentar em quais termos encontram-se as discussões sobre o aborto na jurisdição constitucional no modelo de controle concentrado de constitucionalidade. Assim analisaram-se as ações que correm no Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a ADPF 54 – referente à possibilidade de interrupção terapêutica do parto dos anencéfalos -, a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5581 - que discute a situação das gestantes infectadas pelo zika vírus, e pleiteia o mesmo entendimento concedido aos anencéfalos, no sentido de não tipificação da interrupção das gestações quando a mulher estiver infectada pelo zika vírus – e da já mencionada ADPF 442. A escolha pela jurisdição constitucional justifica-se na medida em que as decisões exaradas tem força vinculante ao Poder Legislativo e ao Judiciário, além de apresentarem efeitos *erga omnes*. Ou seja, após tais decisões todo o Ordenamento Jurídico sofrerá as inflexões da decisão, gerando efeito prático semelhante a uma descriminalização acaso a ADPF 442 julgue não recepcionados os artigos referentes ao aborto.

À guisa de contribuição para o debate, o que se pretende aqui não é revisitar os argumentos já assentados em favor ou contrários à criminalização do aborto. Antes disso, desejamos resgatar alguns modelos argumentativos próprios da dogmática penal que julgamos importantes para essa questão. Conforme iremos demonstrar, a pergunta sobre se o aborto constitui uma prática imoral ou se devem existir políticas públicas com a finalidade de diminuir a sua ocorrência em nossa sociedade não se confundem com a pergunta sobre a legitimidade da intervenção penal na esfera de direitos individuais.

Para atingir o intento tracejado, a pesquisa realizada foi bibliográfica e exploratória, e o método de abordagem foi o indutivo.

O problema de pesquisa foi analisar a pertinência (ou não) da criminalização do aborto tendo em vista considerações sobre a dogmática penal que circundam o dever de

proteção e a teoria dos bens jurídicos. A hipótese aventada é a de que a criminalização do aborto atualmente em vigor não condiz com uma teoria crítica dos bens jurídicos, de maneira que se mostra adequado e necessário o debate público por meio da jurisdição constitucional.

Como objetivos específicos do trabalho analisaram-se as ações de controle concentrado de constitucionalidade que se acercam do tema no Brasil, assim como teceram-se considerações atinentes à diferença valorativa entre a personalidade virtual do embrião e a personalidade atual dos sujeitos de direito na legislação penal brasileira, a lógica da proteção jurídico penal.

2. A jurisdição constitucional e a relação entre a mulher e o aborto no Brasil

O propósito desse tópico do artigo é investigar a relação entre a jurisdição constitucional e a mulher, especialmente no tocante ao tema do aborto. Nesse sentido, as ações escolhidas para observação foram referentes ao controle concentrado de constitucionalidade que correm no Supremo Tribunal Federal e que digam respeito ao aborto.

Analisar o aborto não é tarefa fácil na medida em que não há consenso sobre as questões, estando inserido o debate no local denominado por Barroso como de um “desacordo moral razoável” (STF, ADPF 54, sustentação oral). A expressão designa um ambiente onde parecem se encontrar e confrontar argumentos morais, religiosos e jurídicos, todos considerados muito relevantes para quem os sustenta, de maneira que abrir mão da posição em que ocupam, ou dos lugares de fala, seria como perder a si mesmos. Esvaziar-se e perder a chance de manifestarem seu ponto de vista, daí a impossibilidade do acordo de vontades.

Diante da natureza do conflito e da impossibilidade de um denominador comum, podemos perceber que tanto na sociedade quanto no ambiente da jurisdição constitucional não há linearidade ou meios de atingi-la. Pode-se duvidar, inclusive, de racionalidade por alguns momentos, já que grande parte dos discursos são emocionais.

Inegavelmente, entretanto, o aborto é um fato, com número de casos expressivos, chegando ao valor de mais de um milhão de eventos por ano (DINIZ, MEDEIROS, MADEIRO, 2017). Mesmo assim, o tema permanece trancado na pauta política.

2.1 O bloqueio político sobre o tema

Durante muitos anos o dilema que contorna o aborto esteve incrustado na vida social. Todavia, negava-se o debate público não apenas no Direito (via edição de novas normas que contemplam o aborto) como também na sociedade de uma maneira geral.

Do ponto de vista legislativo a situação se repete. Existe uma espécie de opinião projetada no meio legislativo de que o aborto é crime e não deve ser discutido. Aqui se quer dizer de uma espécie de ontologização do crime, sem possibilidade de análise dos argumentos dogmáticos que justificam (ou não) sua permanência no Ordenamento Jurídico.

Analisando, a título de exemplificação, a legislação nacional e os projetos de lei em andamento, parece rotineiro a não colocação da pauta das discussões que tendem a flexibilização do aborto ou mesmo, se acaso forem iniciados, o arquivamento do processo legislativo. Alguns exemplos auxiliam na confirmação do bloqueio legislativo.

O PL 605/1999 teve como objetivo tornar obrigatório que os servidores das delegacias de polícia informem às vítimas de estupro a possibilidade do aborto legal. O projeto foi arquivado no dia 07 de fevereiro de 2007. Se há um projeto nesse sentido, podemos inferir que nem essa informação é transmitida às vítimas.

Também interessante é o PL 20/1991, que trata da obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde. Esse projeto aguarda deliberação da mesa diretora até a presente data. É latente no sistema de saúde pública a relutância entre médicos de realização de aborto, mesmo o legal, sob argumentações diversas.

No sentido de permissão ao aborto podemos citar o PL 4726/1990, que estabelecia a permissão ao aborto até o terceiro mês da gestação, e que, igualmente foi arquivado. No mesmo sentido o projeto PL1097/1991, com a mesma sorte de interrupção precoce. Outros existem, mas igualmente interrompidos.

Todos os projetos mencionados até aqui foram propostos na Câmara dos Deputados, todavia é no Senado Federal que talvez o bloqueio ao aborto tenha sido demonstrado de maneira mais significativa quando houve a proposta de reforma do Código Penal (PLS nº 236), construído por uma comissão de Senadores em 2012, ano em que ele foi encaminhado para outra comissão temporária de estudo da reforma do Código Penal, para revisão, tendo como relator o Senador Pedro Taques. Na versão do anteprojeto, no art. 128, IV, constava a possibilidade de aborto legal nos seguintes termos: “se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade” (BRASIL, 2012). A idade gestacional foi determinada por recomendações do Conselho Federal de Medicina. No

documento de revisão o relator dispôs sobre o assunto entre as páginas 156 a 170 para, ao final, dizer da impossibilidade de admissão dessa modalidade de aborto, sugerindo várias práticas: adoção, acesso à saúde pública por via do planejamento familiar, entre outras¹.

Independente da negativa de seguimento da possibilidade de aborto até a 12ª semana, as mulheres abortavam e permanecem abortando. Os dados sobre o número de abortos não sofreu qualquer redução, ao contrário, parecem crescer, embora sobre os mesmos não haja certeza absoluta na medida em que se trata de dados relacionados a um crime que se almeja não exteriorizar, ou seja, estamos diante da cifra oculta.

Ainda que haja muita resistência, existem casos emblemáticos, como a descoberta de uma clínica clandestina em Mato Grosso do Sul², no ano de 2008. Na época se apurou que mais de dez mil mulheres realizaram os procedimentos e estavam sendo processadas no tribunal do júri da capital do Estado. Situações como essa não são raras e externalizam a dimensão pública da questão, especialmente porque após os abortamentos essas mulheres acabam sendo atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para curetagens (ABRASCO, 2007)³ e outros procedimentos clínicos (DINIZ, MEDEIROS, MADEIRO, 2017, p.656). As mulheres que fizeram os abortos mencionados foram julgadas na 2ª Vara do Tribunal do Júri de Mato Grosso do Sul. Esse fato convida a uma reflexão sobre a questão.

Talvez o calcanhar de Aquiles sobre o aborto seja a rejeição moral ou religiosa quanto a sua prática, o que acaba atravancando a análise do tema pelo prisma da saúde pública. Considerar o aborto como tema eminentemente político (moral/religião) significa criar um óbice jurídico para sua análise principiológica⁴, de forma que o magistrado apenas poderia analisar os elementos do crime - fato típico, ilícito e culpável - e não a pertinência ou não da manutenção da criminalização da conduta.

Pela mera subsunção seria impossível um comportamento do magistrado voltado para a absolvição de uma mulher que realizasse a conduta típica sem uma exculpante,

¹ Para maiores detalhes conferir <<http://www.pedrotaquesmt.com.br/uploads/downloads/Relatorio-do-senador-Pedro-Taques-ao-Novo-Codigo-Penal.pdf>> Acesso em 17 de abril de 2017.

² CÂMARA DOS DEPUTADOS realiza audiência pública sobre a penalização do aborto. Disponível em:< http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2008/06/not_camara_dos_deputados_realiza_audiencia_publica_sobre_a_penalizacao_do_aborto> Acesso em 18 de abril de 2017.

³ De acordo com o relatório da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva o “aborto constitui no Brasil, assim como nos países em que sua prática é ilegal, um grave problema de saúde pública, sendo a quarta causa de morte materna no país, com a curetagem pós-aborto representando o segundo procedimento obstétrico mais realizado na rede pública”. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2007/08/not_mocao_aborto>. Acesso em 17 de abril de 2017.

⁴ Considerando-se que assuntos de política devem ser deliberados pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo, pois correspondem a argumentos de política contrariamente aos argumentos de princípio. Essa colocação é

todavia, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, empurrado pelos próprios profissionais de saúde – que se viam temerosos das consequências jurídicas pela prática do aborto legal – e pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP). Ou seja, apesar do bloqueio do legislativo ao debate, a decisão foi transferida ao Judiciário por meio de ações em controle concentrado de constitucionalidade, que, em função da aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode se negar a dar uma resposta às ações.

2.2 A jurisdição constitucional e o aborto no Brasil

A discussão do aborto na jurisdição constitucional ultrapassa sua definição isolada como ato de interrupção da gravidez, abarcando temas correlatos relacionados aos direitos fundamentais das mulheres como sua liberdade reprodutiva e sexual, livre determinação, o direito ao próprio corpo, o planejamento familiar, e a própria saúde da mulher tanto em um aspecto físico quanto mental⁵.

A inserção da análise na jurisdição constitucional apenas foi possível após a abertura do Direito para um caráter argumentativo, onde se reconhece que tanto regras podem se chocar quanto princípios podem colidir, ou regras e princípios podem se confrontar sem uma relação de hierarquia necessária. Assim, como consequência, nenhum direito pode ser considerado absoluto, e, ainda que teoricamente, pode-se discutir teses jurídicas visando a que o Ordenamento se veja mais próximo das necessidades sociais. Isso inclui a análise da pertinência ou não da manutenção dos tipos penais incriminadores do aborto.

Nesse contexto encontram-se no Supremo Tribunal Federal três ações em controle concentrado de constitucionalidade, obrigando-o a dizer com força *erga omnes* e vinculante aos Poderes Executivo e Judiciário o que é realmente o aborto, se ele deve ser mantido como crime no Brasil e, no caso de permanecer como crime, quais os limites da proibição normativa, assim como as exculpantes ou causas de atipicidade. As mencionadas ações são a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) 54, a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5581 e a ADPF 442.

conhecida como objeção democrática e é trabalhada por Ronald DWORKIN (2011, p. 170) em **Levando os Direitos a Sério**.

⁵ DWORKIN em **Domínios da vida** inicia o debate sobre a enfermidade e sofrimento que se impõe á mulher quando a mesma se vê obrigada a gestar contra o seu desejo. Adotando essa perspectiva, o Ministro Marco Aurélio reafirmou que uma gestação pode causar sofrimentos para a mulher, todavia referindo-se aos casos de morte evidente após o nascimento, nos casos de anencefalia que foram julgados na ADPF54. No mesmo viés está a argumentação da ANADEP na inicial da ADI 5582, nesse último caso tratando das gestações onde a mulher esteja infectada pelo vírus do Zika.

Logo no início da discussão acerca das referidas ações ficou claro que a maior parte das mulheres que vivenciam situações de aborto ilegal estão inseridas em um corte de classe⁶. Esse fato vem sendo evidenciado desde a ADPF 54, em 2004, tanto na inicial quanto na sustentação oral realizada pelo então advogado Luís Roberto Barroso. Na ADI 5581 a situação novamente se reportou, pois o debate acerca da interrupção da gravidez pela infecção do Zika vírus atinge mulheres nordestinas pobres, nos estados de Pernambuco, Bahia, Paraíba, Maranhão e Ceará (BRASIL, STF, 2016). Assim, junto com o fator doença (e seus desdobramentos) vem atrelada a pobreza.

A primeira ação em controle concentrado de constitucionalidade significativa sobre o tema foi a ADPF 54, interposta em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Ela versou sobre a possibilidade de interrupção terapêutica de parto para o caso de gestações de anencéfalos. O julgamento foi muito discutido na mídia e na academia. Várias partes interessadas ingressaram como *amicus curiae*, no sentido de tentar democratizar o julgamento.

Quanto à decisão em si, ela considerou que seria inconstitucional a interpretação que entendesse a mencionada interrupção como sendo um dos casos tipificados nos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal. Na fundamentação, entretanto, o problema do aborto não foi discutido abertamente, pois os julgadores passaram a entender a retirada do feto anencéfalo como hipótese de antecipação terapêutica do parto. Desta forma, a discussão girou em torno da viabilidade ou não da vida extrauterina. É importante mencionar esse detalhe, pois embora a interrupção da gravidez de anencéfalos seja em si um caso de aborto, no momento da deliberação da corte esse aspecto foi deslocado para a argumentação quanto à viabilidade ou não da vida extrauterina, uma maneira sutil (ou não) de distorcer o problema.

Outro aspecto interessante da decisão foi o fato de que ela não respondeu ao reclame pelo reconhecimento da liberdade reprodutiva e sexual das mulheres, ou mesmo às questões práticas relacionadas ao aborto, como o fato de ele evidenciar um recorte de classes no Brasil, assim como a questão da objetificação da mulher, entendida, nas palavras de Barroso, como “um útero à serviço da sociedade” (STF, 2007). Embora tais argumentos estejam presentes na ação, não vieram delimitados na decisão, ou seja, silenciou-se sobre esses aspectos que são também elementares ao aborto, em mais uma manobra reconhecida como silêncio eloquente

⁶ De acordo com a ABRASCO: “A ilegalidade do aborto é fonte de iniquidade social, pois favorece a realização de práticas inseguras, realizadas por profissionais não qualificados, em ambientes sem os padrões sanitários requeridos, penalizando especificamente as mulheres mais jovens, de estratos sociais menos favorecidos, negras, que não têm acesso a procedimentos seguros”. Disponível em: < http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2007/08/not_mocao_aborto> Acesso em 17 de abril de 2017.

da Corte. Aliás, a utilização da substituição do nome aborto por antecipação terapêutica do parto é indicativa do não reconhecimento dos direitos da mulher ao próprio corpo ou mesmo à sua autodeterminação. O que se mensurou foi uma “falta de vida” considerada pro futuro, já que no momento do parto o feto é vivo. Não se reconheceu os direitos da genitora por si mesma. Não houve respostas ao pedido de reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres.

A segunda ação relevante, intentada no ano de 2016, foi a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5581 cumulada com ação de descumprimento de preceito fundamental, intentada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP). Nelas se questionou dispositivos da Lei 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika.

A ação questiona suposta inconstitucionalidade quanto à proibição de cumulação do benefício continuado instituído para as gestantes e parturientes contaminadas pelo zika com a licença maternidade, além de fazer pedido expresso pela interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal no sentido de que as gestações onde fosse comprovada a infecção da gestante pelo vírus zika pudessem ser interrompidas sem a tipificação consentânea ao crime de aborto. Houve também pedido de medida cautelar requerendo a sustação dos inquéritos policiais que estivessem em curso para apuração de prática de aborto quando comprovada a infecção da gestante pelo vírus da dengue, chikungunya e zika, até decisão final da ADI. Do ponto de vista dos preceitos fundamentais violados, os legitimados ativos apontaram:

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), livre desenvolvimento da personalidade, direitos à liberdade e às integridades física e psicológica (art. 5º, caput, CR), direito à informação (art. 5º, XIV, da CR), proteção à infância e à maternidade (art. 6º, da CR), direito à saúde e da prevenção de doenças (arts. 6º, 196 e 198, II, da CR), direito à seguridade social (art. 203, da CR), direito ao planejamento familiar e de liberdade reprodutiva (art. 226, §7º, da CR) e direito à proteção das pessoas com deficiência (art. 227, caput, §1º, II, da CR)(BRASIL. STF. 2016, p. 2)

Na inicial a ANADEP ressaltou a falta de políticas públicas específicas para o caso do combate à epidemia do zika vírus, colacionando entre os pedidos exatamente a implementação de políticas de combate à proliferação da infecção, ou, não sendo possível conter a epidemia, no combate aos efeitos da moléstia. Tendo em vista a ausência de políticas públicas de planejamento familiar com efeitos reais, assim como alicerçados nas consequências permanentes quando a criança infectada chega a nascer e se manter viva após o nascimento (uma das mais conhecidas é a microcefalia), requereram o reconhecimento da

atipicidade da conduta pelo estado de necessidade (art. 23, I do CP) ou do estado de necessidade justificante geral, presente no art. 24 do CP (BRASIL. STF. 2016, Petição inicial, p. 78).

O fundamento desse pedido de atipicidade dialogou com a fundamentação da ADPF54 reiterando: 1. Que o direito à vida, assim como qualquer direito fundamental, não é absoluto, prevendo a Constituição, inclusive, a pena de morte para os casos de guerra declarada; 2. O direito à liberdade da mulher, o que pressupõe autodeterminação sexual e reprodutiva; 3. A saúde mental da mulher nos casos de gestação de fetos inviáveis, nesse ponto específico lembrou-se a Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil, em 27 de novembro de 2015, onde o país se comprometeu a combater a violência contra a mulher, física e psicológica, em seu art. 4º.

A última ação, intentada neste ano de 2017, no dia internacional da mulher, é a ADPF 442. A ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pleiteando que o Supremo não recepcione parcialmente os artigos 124 e 126 do Código Penal. De acordo com a inicial a recepção dos artigos relativo ao aborto afrontam os seguintes preceitos fundamentais: princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, saúde e o planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, I e II; art. 3º, IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

A fundamentação dessa última ação é de que a criminalização do aborto já não se coaduna com o contexto atual, tanto em função dos preceitos fundamentais apontados quanto em relação aos direitos humanos. Para tanto, os autores do pedido apropriam-se da ideia de direito como integridade de DWORKIN e perguntam-se sobre a razoabilidade constitucional para a coerção do Estado quanto ao aborto (BRASIL, STF, 2017, p. 3). Mais uma vez, o recorte de classes é realçado e aliado ao número de abortos realizado no Brasil por ano, questionando-se a legitimidade da criminalização:

O Estado brasileiro torna a gravidez um dever, impondo-a às mulheres, em particular às mulheres negras e indígenas, nordestinas e pobres, o que muitas vezes traz graves consequências ao projeto de vida delas. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostra que, somente em 2015, 417 mil mulheres realizaram aborto no Brasil urbano e 503 mil mulheres em extrapolação para todo o país. Isso significa que cerca de uma mulher a cada minuto faz aborto no Brasil. O aborto é, portanto, um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras. (BRASIL. STF. ADPF 442, 2016, petição inicial, p.3)

Os números apresentados indicam que a reprovabilidade jurídica não é empecilho para a realização do aborto no Brasil. Indo um pouco além, quando da investigação sobre o objeto jurídico tutelado pelo aborto, muito embora a doutrina dominante considere ser o direito à vida, essa concepção não se sustenta em uma análise sistemática da legislação penal, pois no caso de gravidez resultante de estupro, mesmo que o feto seja viável e não haja risco de morte para a mãe, o aborto tem previsão legal. Essa ponderação, utilizada como argumento na petição inicial, foi extraída do voto da Ministra Rosa Weber, na ADPF 54, nas seguintes palavras:

Lembre-se, ademais, que o estupro é causa de excludente de ilicitude do crime de aborto (art. 128, II, do Código Penal), mesmo que o feto seja plenamente viável. Ou seja, no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante. Fica evidente que, para o direito penal, vida não é, em hipótese alguma, um valor único e absoluto [...] O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteja, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe [...] A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida (BRASIL. STF. ADPF 54, 2007)

Quando abordado sob a perspectiva acima, parece um contrassenso jurídico a possibilidade de aborto legal em situações tão díspares: uma, nos casos previstos pela lei em que a mãe corre risco de morte ou quando a gestação seja fruto de estupro. O fundamento em ambos os casos é a proteção da vida da mãe ou sua dignidade sexual, independente das condições de saúde do próprio feto. A segunda trata dos casos de anencefalia em que a mãe não foi violada ou corre risco de vida. O fundamento é a inviabilidade da vida extrauterina. Diante dessa pluralidade cabe a pergunta: onde está a coerência ou consistência na criminalização do aborto no Brasil? Como analisar o confronto entre os eventuais direitos do feto e os da gestante?

3 Ponderações a respeito da descriminalização do aborto sob a perspectiva jurídico-penal

Conforme já se adiantou, não se pretende neste breve espaço reproduzir o debate a respeito da prática do aborto no âmbito da moralidade. Nossa contribuição para a discussão mais recente do problema em apreciação pelo STF consistirá em esclarecer alguns aspectos da legislação criminal brasileira a respeito da proteção da existência do embrião e do feto que se forma a partir dele. Isso porque as normas penais - e, sobretudo, a sua história - dão indícios sobre o status valorativo do feto e do embrião em nossa sociedade

3.1 A diferença valorativa entre a personalidade virtual do embrião e a personalidade atual dos sujeitos de direito na legislação penal brasileira

No Brasil, a criminalização do aborto ocorreu somente no ano de 1830 (cf. análise histórica em HENTZ, 2013, pp. 56-73). As Ordenações Filipinas, vigentes até então, não previam o aborto como crime, seguindo uma tendência anciã da cultura legislativa europeia (ESER, 1989, pp. 720-721).

Em relação ao Código Criminal do Império de 1830, contudo, não se pode afirmar que a tipificação penal na lei brasileira tinha por objeto a proteção integral de um direito à vida do feto existente. Isso porque, de acordo com os artigos 197 a 200 do Código Criminal do Império de 1830, constituía crime somente dois tipos de conduta: o auxílio ao aborto e a atuação de médicos, parteiras, ou outras pessoas que realizassem o aborto na gestante. Não praticava crime a própria gestante que provocasse o aborto em si mesma ou que consentisse a outros a retirada do feto.

É apenas em 1890, com o Código Penal Republicano, que passa a constituir crime a prática do aborto também pela gestante. Todavia, neste momento já se previam exceções para a punição da mulher, como a causa de diminuição da pena para ocultar a desonra (art. 301) e a permissão para a retirada do feto na hipótese de risco para a mulher grávida (art. 302).

Nos diplomas anteriores, assim como nas atuais proibições do Código Penal, jamais a existência do feto gozou de proteção idêntica à proteção oferecida às pessoas, isto é, os seres nascidos que possuem personalidade no momento presente. Fosse o aborto realmente considerado verdadeiro “assassinato” de uma pessoa, não seriam necessárias regras distintas do art. 121 do CP prevendo sua punição, nem tampouco lhe seriam conferidas penas expressivamente menores que a do próprio homicídio.

Além disso, a possibilidade legal do aborto em situação de risco para a gestante, nos termos do art. 128, I, do CP, demonstra por si só que a vida da mulher goza de maior proteção que a do feto ou embrião, uma vez que o estado de necessidade como cláusula geral

do art. 24 do CP não admite a exclusão da ilicitude quando os bens envolvidos sejam de valor idêntico. No mesmo sentido, tanto a exceção na hipótese do estupro (art. 128, II, CP) como a liberação do aborto, pelo STF, no caso da anencefalia determinam que, nestas hipóteses, a liberdade plena de decisão da mulher sobre o nascimento possui primazia sobre qualquer potencial dever de proteção do feto, uma vez que não se encontra em jogo qualquer situação de necessidade ou constrição vital para a realização do aborto.

Frisar esses aspectos é importante, pois a doutrina se encontra em apuros quando pretende dizer que o bem jurídico no crime de aborto versa sobre a proteção de uma vida em termos de proteção da dignidade humana de uma forma idêntica à dos seres nascidos (BÁRTOLI e PANZERI, 2007, 662). A própria demarcação temporal para o crime de aborto, que se inicia já desde a concepção e não somente com o desenvolvimento do feto, se mostra problemática diante da possibilidade atual de utilização de embriões para a pesquisa com células-tronco (Lei 11.105/2005).

Sendo assim, seria mais razoável admitir que a proteção da chamada vida-intrauterina serve em realidade a outros propósitos que não a dignidade da “pessoa” do feto ou do embrião. Aliás, em sua gênese, o delito de aborto no direito romano tardio claramente não tinha por objeto a proteção do feto em razão exclusiva de sua existência, e, sim, apenas protegia os interesses dos homens que se viam privados de uma descendência legítima por parte de sua esposa (ESER, 1989, p. 720).

Com efeito, um passo importante rumo a um tratamento mais coerente da matéria seria inaugurar uma nova interpretação dos tipos penais dos artigos 124 a 128 do CP, de maneira que se passasse a punir somente o aborto que fira o direito parental da mulher ou do homem implicados na concepção. Essa concepção, a nosso ver, seria plenamente compatível com a literalidade da redação legal e serviria de modulação até a inovação legislativa da matéria. Por fim, o próprio conceito de aborto deveria ser revisitado pelo STF, de modo a se reconhecer que apenas o feto já desenvolvido merece ser objeto de proteção pela legislação penal atualmente em vigor.

3.2 O Direito Penal como a melhor forma de garantir o desenvolvimento de embriões? Apontamentos sobre a lógica de proteção jurídico-penal

3.2.1. Atuação penal no caso do aborto: óbice à prevenção

Para além da análise legislativa, uma perspectiva político-criminal também indica a necessidade de revisão da regulamentação e da interpretação do crime de aborto no Brasil. É essencial esclarecer, entretanto, que as ponderações delimitadas a seguir não dependem da decisão valorativa sobre se o aborto constitui prática que deve ser eliminada em nossa sociedade. Muito pelo contrário: a descriminalização do aborto pode, efetivamente, contribuir para o trabalho de organizações da sociedade civil que desejam amparar e incentivar as mulheres e seus companheiros na decisão em favor da maternidade.

Assim, o primeiro questionamento que se apresenta a respeito das demandas por punição pela prática do aborto, sob o argumento de que a intervenção penal seria medida necessária para proteção da vida intrauterina, diz respeito às elevadas cifras ocultas nesse contexto. No Brasil, estudos apontam que uma em cada cinco mulheres já realizou pelo menos um aborto ao longo de sua vida, o que, no ano de 2016, equivaleria a 4,7 milhões de mulheres. Somente no ano de 2015 a estimativa de abortos praticados em nosso país girou em torno de 503 mil (DINIZ, 2016, p. 656). O contraste entre esses números e a quantidade de indiciamento pelo crime de aborto indica que o sistema punitivo não tem atuado como mecanismo eficaz na prevenção dessa prática. Segundo os levantamentos do Departamento Penitenciário Nacional, no ano de 2014, encontravam-se encarceradas 770 pessoas, por condenação definitiva, ou provisoriamente, sob a acusação de terem praticado o aborto, sendo que deste universo apenas 43 pessoas eram mulheres (INFOPEN, 2014, p. 65).

O argumento da ineficiência preventiva da atuação criminal é importante, tendo servido como fundamento da análise mais recente do Ministro Luís Roberto Barroso no que tange a adequação da intervenção penal (HC 124306/RJ, p. 22). Porém, essa constatação não é suficiente para justificar a descriminalização (parcial) do aborto. Afinal, ninguém cogita abolir o crime de corrupção passiva em face da baixa capacidade do sistema para investigar e punir agentes públicos corruptos – em 2014, havia 70 pessoas presas (provisoriamente) pelo art. 317 do CP.

Desta sorte, o problema da ineficácia do mecanismo punitivo como medida dissuasória deve ser analisado em perspectiva mais ampla. Uma avaliação essencial nesse contexto consiste em olhar para as consequências da criminalização do aborto em termos de saúde pública, ponderando, portanto, a proteção da vida das mulheres que abortam. Aqui nós gostaríamos de fazer uma abordagem considerando a perspectiva de quem se preocupa exclusivamente com a proteção do desenvolvimento do feto e do embrião.

A nosso ver, a questão fundamental neste tocante diz respeito ao fato de que a criminalização do aborto atrapalha a possibilidade de se implementarem políticas públicas voltadas ao incentivo da maternidade, as quais ficam prejudicadas diante da ameaça penal envolvida.

Dilemas semelhantes enfrentou a Alemanha há algumas décadas quando decidiu modernizar sua legislação penal. Nos anos 60, houve relativo consenso no meio jurídico quanto à necessidade de se modificar o crime de aborto. Longe de representar um abandono à proteção do feto, a motivação da reforma vinha, em realidade, no intuito de diminuir a cifra total dos abortos a longo prazo, o que deveria ser alcançado, sobretudo, mediante a intensificação do sistema de assessoramento social e psicológico para as mulheres que requisitassem o procedimento médico abortivo.

A corte constitucional alemã considerou naquela ocasião que, por força do princípio da dignidade humana, a mulher teria a obrigação de gestar o feto. Todavia, essa decisão não impediu a criação de um espaço livre de regulação penal até o momento da nidação, nas primeiras semanas logo após a fecundação. Além disso, foram estabelecidas circunstâncias justificantes bastante amplas para o aborto, dentre as quais a situação social da gestante, seu estado psicológico e eventuais conflitos familiares envolvidos (ESER, 1989, pp. 724-726, 730 e s.). Atualmente, a corte alemã se posiciona no sentido de que, em razão do dever de garantia do Estado com relação à vida intrauterina, seria inconstitucional declarar a legalidade do aborto a não ser nas situações excepcionais previstas em lei. Todavia, esse dever de proteção não exigiria a criminalização do aborto em situações que fugissem das exceções permitidas em lei, desde que o ato tenha sido praticado dentro das 12 primeiras semanas de gestação (KINDHÄUSER, 2009, p. 80).

Ambos os argumentos, isto é, a baixa efetividade da persecução penal e o bloqueio a políticas públicas para diminuir as taxas do aborto gerada por essa opção, impelem, a nosso ver, a consideração de que o Direito Penal não constitui a melhor forma de lidar com a questão do aborto. Perceber isso é importante também para os setores da sociedade que desejam cessar com a sua prática. Quem se posiciona contrariamente à prática do aborto, no plano da moralidade, precisa entender que é necessário mudar a estratégia caso deseje realmente concretizar os seus valores.

3.2.2 Reposicionando o debate sobre a dimensão moral do Direito Penal

As ponderações acima não respondem a uma objeção bastante difundida na discussão sobre a criminalização do aborto. De acordo com ela, o Direito Penal seria essencial, se não para prevenir, então para distinguir o certo do errado em uma sociedade, uma vez que se trata do ramo do Direito caracterizado justamente por uma forte carga valorativa e moral. “Permitir” o aborto pelo Direito Penal significaria o mesmo que neutralizar valorativamente a sua prática, ou, inclusive, incentivá-lo. Duas observações permitem perceber, todavia, que não é exatamente assim que o sistema funciona.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que diversas atitudes de enorme reprovabilidade moral não constituem crimes em nossa sociedade. Ao mesmo tempo, muitos crimes não apresentam senão uma escassa significação moral. Assim, dificilmente alguém questionaria que o abandono de um pai ao filho pequeno causa danos psicológicos, além de financeiros, em nível imensamente superior a um furto qualquer. Perder um aparelho eletrônico caríssimo não se compara com a perda afetiva de um genitor. Todavia, apenas o direito de propriedade apresenta relevância no âmbito das relações sociais. Isso explica por que certos tipos de lesão ao direito de propriedade são regulados como crime no Direito Penal, enquanto que a esfera das relações afetivas, quando muito, pode ser protegida pela tutela do Direito Civil.

Em segundo lugar, se, por um lado, é verdade que a ideia de punição expressa uma resposta a um ato considerado errado, através do juízo de culpabilidade do autor do crime, por outro lado, é preciso não perder de vista que o erro pessoal do agente não consiste no fato de não ter internalizado o valor protegido pela norma - no caso, o reconhecimento de que a existência do feto ou embrião tem primazia em relação a seus interesses pessoais e projetos de vida. Uma exigência desse caráter significaria uma afronta direta à liberdade de opinião, fundamental em um Estado Democrático. Portanto, o juízo de culpabilidade apenas pode ter por objeto o fato de o sujeito não ter respeitado uma norma do ordenamento jurídico válida para ele. Isso, desde que a própria norma desrespeitada tenha o mínimo de legitimação democrática, isto é, desde que a norma de comportamento que proíbe o aborto mereça ser protegida através da imposição de uma pena.

Na teoria penal, a discussão sobre a proporcionalidade no conflito de direitos fundamentais é feita sob a rubrica da teoria do bem jurídico (HASSEMER, 2007, pp. 98-100). Onde não se verifica a existência de um direito fundamental a ser protegido, ou quando o interesse que se deseja tutelar pela via penal não possui dimensões sociais que justificam uma intervenção tão gravosa, diz-se que o tipo penal estabelecido é inconstitucional (BECHARA, 2010, pp. 126-138). De acordo com essa perspectiva, acatada pelo Supremo em

outras ocasiões⁷, a conduta proibida deve apresentar o mínimo de risco ou lesividade para o bem jurídico que se quer resguardar.

Nesse sentido, é realmente difícil sustentar a punição da retirada do embrião (e inclusive do feto nas primeiras semanas), já que, tratando-se de um ser que nem mesmo sente dor, fica em aberto saber em que consistiria exatamente a lesão. Acaso se siga a argumentação de que o crime de aborto deve proteger a vida em potencial do embrião, fica ainda mais complicado justificar a norma sob a perspectiva da teoria do bem jurídico: afinal, o que se pretende com a proibição é garantir a concretização futura da potencialidade de um ser que no momento em questão não apresenta interesses próprios tampouco.

4 Conclusão

Ao longo da última década, o STF teve diversas oportunidades para se posicionar quanto ao mérito da proibição do aborto no Brasil. Todavia, se esquivou de enfrentar o problema, tangenciando a questão, como aconteceu com a ADPF 54 no tocante ao problema dos anencefálicos. Na época, vale lembrar, o tribunal deliberou sobre a antecipação terapêutica do parto e não sobre o aborto, muito embora se tratasse da pergunta fundamental sobre a liberdade da mulher sobre a interrupção de uma gravidez. Com a ADPF 442, o Supremo não terá como se esquivar dessa análise, já que o objeto da ação é a recepção ou não dos artigos que tipificam o aborto no país. Isto quer dizer que, mesmo que a ação em controle concentrado de constitucionalidade tenha causa de pedir aberta (o Supremo tem liberdade em fundamentar a questão como entender mais relevante) ele necessariamente terá que se posicionar sobre o tema.

Com isso espera-se que se possa inaugurar um debate mais racional sobre o tema no qual pesem pesquisas empíricas e dados em torno do problema, e não apenas argumentos morais. Um passo relevante seria encarar o aborto como problema de saúde pública e, ao mesmo tempo, já sob a ótica penal, se alinhando com o discurso da racionalidade punitiva no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido se faz fundamental o diálogo com as teorias críticas a respeito de um uso indiscriminado do direito penal. A teoria do bem jurídico, reconhecida mundialmente, é um bom exemplo do que se está referindo. Ecoa na sociedade a incongruência do tratamento dado ao aborto na legislação, ao mesmo tempo, o efeito dessa

⁷ Por exemplo, na questão sobre a constitucionalidade do crime de porte ilegal de munição (BRASIL, 2014, p. 2 e ss.).

legislação na sociedade, uma vez que a norma não exerce a prevenção que se espera. Os números da pesquisa do Aborto no Brasil exteriorizam a afirmação de maneira incontestável.

5 Referências

ABRASCO APROVA MOÇÃO DE APOIO à política de saúde sexual e reprodutiva do governo, 09 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2007/08/not_mocao_aborto> Acesso em 20 de abril de 2017.

BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André. Artigos 124 a 128. In: FRANCO, Alberto Silva/ STOCO, Rui (org.). **Código Penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**, 2010, 464 f. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 605/1999. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos servidores das Delegacias de Polícia informarem às vítimas de estupro sobre o direito de aborto legal. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?emtramitacao=Todas&noorgao=&valueOrigem=1&siglaorigem=&orgaoorigem=&naementa=true&indexacao=true&inteiroteor=false&todasas palavras=possibilidade+de+aborto&tipoproposicao=%5BPL+++++++ +Projeto+de+Lei+Complementar,+PL+++++++ +Projeto+de+Lei%5D&partidoautor=&ufautor=&tramitacaoorgao=&partidorelator=&ufrelator=&comissaorelator=&data=10/05/2017&page=true>>

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, 2013. Disponível em: <<http://www.pedrotaquesmt.com.br/uploads/downloads/Relatorio-do-senador-Pedro-Taques-ao-Novo-Codigo-Penal.pdf>> Acesso em 17 de abril de 2017

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado Federal nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>> Acesso em 17 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5581. Rel. Min. Carmen Lúcia. Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>, Acesso em 12 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 442. Petição inicial. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>> Acesso em 17 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurelio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124306/RJ**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, julg. 09.08.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 02 de Maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 90075/SC**. Rel. Ministro Eros Grau, julg. 03.06.2014. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2442814>>. Acesso em: 02 de Maio de 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS realiza audiência pública sobre a penalização do aborto. Disponível em:< <http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2008/06/not_camara_dos_deputados_realiza_audiencia_publica_sobre_a_penalizacao_do_aborto> Acesso em 18 de abril de 2017.

DIANA, Gilson Matilde. Direito constitucional contemporâneo e os desafios dos Direitos fundamentais: a liberdade e autonomia da vontade e a Antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 2, Núm. 4, 2015.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 de Abril de 2017.

DWORKIN, Donald. **Domínios da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Donald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ESER, Albin. Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán: evolución y primeras experiencias. In: ECHEBURÚA, Enrique et al. (org.). **Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Livro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain**. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HENTZ, Isabel Cristina. **A honra e a vida**: debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano (1890-1940), 2013, 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht – Besonderer Teil**: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft. Baden-Baden: Nomos, 2009.

MAIOR PARTE DOS PROJETOS de lei sobre aborto no Congresso prevê mais pena. **Estadão**, Brasília, 01/12/2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2016/12/01/maior-parte-dos-projetos-de-lei-sobre-aborto-no-congresso-preve-mais-pena.htm>> Acesso em 05 de maio de 2016.