

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA DO EGRÉGIO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, DIGNÍSSIMA DOUTORA ROSA WEBER.

Manifestação Referente à ADPF 442

**O direito das mulheres sobre seus próprios corpos justifica
impedir outras mulheres de nascer?**

Janaina Conceição Paschoal, advogada e professora de Direito Penal na Universidade de São Paulo, admitida a participar da Audiência Pública que ocorrerá nos dias 03 e 06 de agosto do ano corrente, atendendo ao determinado por Vossa Excelência, em deliberação datada de 04 de junho próximo passado, vem apresentar sua colaboração escrita, respeitosamente, requerendo seja a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em epígrafe, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol), julgada **improcedente**, uma vez que os artigos 124 e 126 do Código Penal foram totalmente recepcionados pela Constituição Federal, como restará evidenciado no decorrer deste breve arrazoado.

Haja vista a importância jurídica e social do tema em debate, felicita-se Vossa Excelência pela democrática iniciativa de convocar audiência pública e,

em especial, por ter honrado a ora subscritora com a possibilidade de participar deste diálogo.

Dos alicerces da inicial apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol):

Trinta anos contados da vigência da Constituição Federal, o Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) interpõe Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objetivando que esta Corte Constitucional declare que os artigos 124 e 126 do Código Penal não teriam sido recepcionados pela Carta Magna.

Mais especificamente, propugna referido Partido que “com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”.

Como o trecho acima revela, a exordial busca evidenciar que a proibição do aborto, sobretudo nas 12 primeiras semanas de gestação, seria incompatível com o pilar constitucional da dignidade humana, com a proteção à vida, com o dever de não discriminação, com a proibição à tortura, dentre outros importantes princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

Da leitura da íntegra da petição inicial, depreende-se que o P-Sol entende que a proibição do aborto também feriria a laicidade do Estado e, frise-se, o direito ao planejamento familiar de mulheres, adolescentes e MENINAS.

Muito embora a exordial seja complexa, para mostrar suas inconsistências, cada um de seus alicerces será tratado separadamente. Em virtude do

Paschoal Advogados

interesse público, deliberadamente, procurar-se-á conferir ao texto uma linguagem acessível e fluida, evitando-se excessivas citações e argumentos de autoridade.

Da suposta afronta à laicidade do Estado:

No item 4 da petição inicial, o P-Sol questiona qual a razoabilidade de coibir o aborto em uma democracia laica, em que o ordenamento jurídico deve ser neutro, garantindo a liberdade de crença no marco do pluralismo razoável.

A indagação acima revela o equivocado entendimento de que a proibição do aborto estaria alicerçada em concepções religiosas e que, por conseguinte, feririam a laicidade do Estado.

Trata-se, com todo respeito, de um duplo equívoco. Primeiro, faz-se necessário sempre lembrar que Estado Laico em muito difere de Estado Ateu, de forma que um argumento, ainda que exclusivamente religioso, há de ser levado em consideração com a mesma seriedade destinada a um argumento exclusivamente jurídico.

Nesse sentido são os ensinamentos do próprio Jürgen Habermas, tantas vezes citado na exordial, segundo quem o diálogo entre religiosos e não religiosos somente se torna possível, quando as duas partes se veem reciprocamente como dignas de participar do diálogo¹.

O próprio proceder de Vossa Excelência, ao abrir espaço na importante audiência pública que ocorrerá a interlocutores declaradamente religiosos e outros que se apresentam como não religiosos, confere a exata dimensão do que seja laico.

Mas o equívoco que norteia a exordial não se limita à concepção de laicidade. Talvez com o intuito de restringir o debate, o P-Sol pressupõe que qualquer pretensão de se limitar o aborto haveria de ter raiz em um pensamento religioso.

Ao que parece, o Partido Socialismo e Liberdade não concebe que um indivíduo não religioso e, quiçá, até mesmo ateu, possa ser contrário à sua pretensão

¹ - Conferir: *Entre Naturalismos e Religião*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

Paschoal Advogados

de liberar o aborto até a décima segunda semana de gestação. E esse raciocínio, salvo melhor juízo, conflita com a designação Liberdade de sua própria denominação.

O início e o fim da vida são temas que interessam às Religiões, é verdade; entretanto, o início e o fim da vida são temas da maior relevância nas Ciências e na Filosofia. E a Ciência e a Filosofia podem ser pensadas e feitas tanto por homens e mulheres religiosos, como por homens e mulheres ateus².

Decidir se uma mulher tem pleno direito de encerrar uma gravidez tem a ver com todos os seres humanos, pois todos, pelo menos por ora, passam pela fase de embrião e pela fase de feto, ou seja, todos passam pela fase uterina (ou intrauterina).

Igualmente, decidir se familiares e/ou médicos podem desligar os respiradores, ou mesmo ministrar medicamentos de duplo efeito a doentes que perderam a consciência, interessa a cidadãos religiosos e ateus, pois todos estão suscetíveis a sofrer um acidente vascular cerebral, bem como a sofrer um acidente automobilístico.

Nesse diapasão, assusta a simplicidade com que o P-Sol busca diferenciar “criatura humana” de “pessoa constitucional”, com base na autonomia e na capacidade de decidir por si. Se tal capacidade é o critério, qual garantia haverá de que, uma vez obtida a pretensão nesta buscada, não passará o P-Sol a perseguir outras pretensões, como a da legalização da eutanásia ativa, inclusive de crianças, como já

² - Constitucionalistas de várias nacionalidades vêm alertando para o perigo de estigmatizar determinados temas como sendo religiosos e, igualmente, para o perigo de estigmatizar argumentos, apenas por serem religiosos. (ver: Jónatas E. M. Machado. “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXXII, Coimbra, 2006, p. 65/134; Paulo Pulido Adragão. *Levar a sério a liberdade religiosa: uma refundação crítica dos estudos sobre Direito das Relações Igreja-Estado*. Coimbra: Almedina, 2012; BADER, Veit. “Constitutionalizing secularism, alternative secularisms or liberal-democratic constitutionalism? A critical Reading of some Turkish, ECtHR, and Indian Supreme Court cases on ‘secularism’”, *Utrecht Law Rev.* n. 6, Issue 3, Nov. 2010. Disp.: <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/138/134>; Benjamin L. Berger. “Moral Judgment, Criminal Law and the Constitutional Protection of Religion”, *Forthcoming*, (2008) 41 *Supreme Court Law Review*, Toronto, (2d); María José Falcón y Tella. “El mandato ‘no matarás’ como norma jurídica, norma moral, norma religiosa y uso social”, *Direito e Democracia*, v. 9, n. 1, jan. - jun. 2008. p. 39/58; Sara Guerreiro. *As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem*. Coimbra: Almedina, 2005).

ocorre em países desenvolvidos, termo bastante utilizado na inicial como argumento de autoridade.

Esse temor não é sem razão, pois um dos pilares da petição que ora se contesta está justamente em uma assim chamada linha de continuidade entre as decisões desta Suprema Corte no HC 84.025, ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306, ideia que será melhor enfrentada no próximo item, mas que já anuncia pretensões futuras.

O início e o fim da vida dizem com a natureza humana, por conseguinte, interessam a crentes e a ateus³, sendo necessário, já neste primeiro momento, deixar registrado que as objeções da ora subscritora (à pretensão do P-Sol) são jurídicas⁴ e não religiosas, por mais que se respeitem todos os credos e seus respectivos dogmas.

Da suposta linha de continuidade:

Como asseverado no item anterior, o P-Sol, ao buscar a descriminalização do aborto, quando realizado nas doze primeiras semanas de gestação, consigna que tal descriminalização seria consequência natural dos HCs 84.025, 124.306 e, em especial, da ADI 3.510 e da ADPF 54.

Haja vista que os HCs em epígrafe disseram respeito a situações concretas, um deles, inclusive, versando sobre responsáveis por clínicas de aborto, nas quais ocorreram fatos da maior gravidade, abordar-se-ão a ADI 3.510 e a ADPF 54, pois estes precedentes trazem fundamentos e consequências de repercussão geral.

³ - No sentido de que o ateísmo também é uma forma de crença, são os ensinamentos de Norberto Bobbio, segundo quem o processo de secularização implica admitir que a obediência às leis morais não pressupõe a existência de Deus (*Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 165).

⁴ - Todos os grandes penalistas e bioeticistas, alguns declaradamente ateus, dedicam pelo menos parte de seus estudos ao início e ao fim da vida, objetivando resguardar a dignidade humana, pela não coisificação do ser, sobretudo nessas etapas de maior vulnerabilidade. A título de exemplo, citam-se: Claus Roxin. “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 59, 2006. p. 5/24; Michael J. Sandel. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013; Giovanni Fiandaca. “Considerazioni in torno a bioética e Diritto Penale, tra laicità e ‘post-secolarismo’”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2/3, apr.-set., Milano: Giuffrè, 2007. P. 546/562; Mario Romano. “Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007. p. 493/514.

Paschoal Advogados

Com efeito, na ADI 3.510, discutiu-se a possibilidade de realizar pesquisas com embriões excedentes, sendo certo que, trabalhando com a ponderação dos muitos princípios constitucionais, esta Suprema Corte entendeu como sendo excessiva a absoluta proibição, admitindo a realização de pesquisas de maneira subsidiária e controlada, sendo vedada a produção de embriões para tal fim.

A discussão havida na ADI 3.510 foi da maior relevância, pois conseguiu conciliar o avanço das Ciências com a preservação da dignidade da pessoa, já presente, ainda que de forma preliminar, no embrião humano.

Destaque-se que, em nenhum momento, este Supremo Tribunal Federal compactuou com a banalização da instrumentalização de embriões, ou com clonagem, ou com engenharia genética, práticas, inclusive, criminalizadas no ordenamento pátrio!

No que tange à ADPF 54, a cautela desta Egrégia Corte Suprema foi ainda maior, pois, muito embora tenha criado uma causa não expressamente prevista de aborto autorizado, resta evidente que esse tipo de interrupção da gravidez guarda absoluta consonância com os princípios que informam o Direito Penal Mínimo, ou de *ultima ratio*. Isso sem contar a admissão, pela doutrina e jurisprudência, das duas modalidades de estado de necessidade: exculpante e justificante. Vejamos.

O Código Penal, em seu artigo 128, prevê que o aborto não será punido, quando praticado por médico, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez resultar de estupro.

Por meio do julgamento da ADPF 54, este Egrégio Supremo Tribunal Federal estendeu tal excludente às gestações de fetos anencefálicos, por entender que o Estado não poderia exigir que uma mulher mantivesse a gravidez, sabendo da inviabilidade da vida fora do útero.

Muitos interpretaram tal decisão como um reconhecimento de que há vidas dignas de serem protegidas e vidas indignas de serem protegidas. Respeitando-se os muitos posicionamentos em torno da matéria, que é polêmica, nesta oportunidade, ousa-se consignar que este Tribunal nada mais fez além de expressar que os princípios norteadores do Direito Penal Mínimo tornam a manutenção de dita gravidez inexistente.

Paschoal Advogados

As referidas ADPFs tiveram objetos bastantes pontuais e fundamentos responsáveis, não permitindo a elasticidade que lhes pretende conferir o P-Sol, mediante a presente ADPF.

A pretensão de alargamento do julgamento da ADPF 54 resta sendo perigosa, inclusive para as pretensões do próprio P-Sol. Isso porque, da mesma forma que o precedente poderia ser utilizado com o fim de alargar as hipóteses de aborto consentido (ou legal); poderia ser trazido à colação para restringir essas hipóteses.

Com efeito, na exordial, trecho do voto proferido por Vossa Excelência compara a gestação decorrente de estupro com a gestação do feto anencefálico e, corretamente, conclui que o segundo caso, pela inviabilidade da vida extrauterina, conferiria até maiores justificativas à interrupção da gravidez.

Tal fala, pinçada pelo P-Sol para seus objetivos, poderia ser igualmente pinçada por aqueles que almejam proibir o aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro, o que também feriria o Direito Penal como *ultima ratio*.

Imperioso deixar bem claro que estas considerações não são feitas com o intuito de limitar a possibilidade de mulheres vítimas de violência sexual abortarem. Mas sim com o objetivo de evidenciar o quão equivocado é o raciocínio feito pelo P-Sol.

A fim de evidenciar que, mesmo antes do julgamento da ADPF 54, a subscritora da presente já sustentava que a mulher grávida de feto anencefálico poderia interromper a gravidez, em decorrência do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, pede-se vênua para transcrever trecho de tese de livre docência, depositada em 2009, mas publicada em livro em 2011.

“Defender que a mulher grávida de um anencéfalo tem direito de praticar o aborto, dado o risco de vida que a gravidez especial provoca, o comprometimento da saúde mental da gestante e o sofrimento acarretado por, durante nove meses, em lugar de pensar na cor das paredes do quarto, estar-se obrigada a pensar na cor das flores que adornarão o caixão, não permite aduzir que não há vida digna a ser tutelada, ou que a gestante está obrigada a abortar. A esse respeito, é possível dizer que o aborto de anencéfalo há de ser reconhecido como um aborto mais sentimental que o aborto em caso de

Paschoal Advogados

gravidez decorrente de estupro. Com efeito, justifica-se o aborto em caso de estupro pelo fato de nenhuma mulher poder ser obrigada a lembrar da violência que sofreu a cada movimento do feto em seu ventre, ou a cada vez que olhar para o rosto de seu filho. No entanto, deve-se convir que a mulher grávida em razão de um estupro, pelo menos, tem o direito de optar entre não suportar essa contínua vitimização, ou, eventualmente, procurar transpor o trauma por meio de uma nova vida. Tal opção não existe para a grávida do anencéfalo, a quem só resta esperar o nascimento para providenciar o enterro de seu filho. Essa mãe até pode decidir, por questões pessoais, religiosas ou não, enfrentar tanto sentimento, tanto sofrimento; todavia, ninguém pode obrigá-la a tal ato de heroísmo”⁵.

Reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa, no caso da mulher grávida de feto anencefálico não guarda relação com a pretensão de descriminalizar o aborto para toda e qualquer gestação. Ao que parece, o P-Sol ignora a natureza fragmentária do Direito Penal. Não se pode confundir Direito Penal Mínimo com ausência de Direito Penal.

A ADPF 54 tratou de uma situação bastante específica, da maneira como haveria de ser tratada. Igualmente, a ADI 3.510 tratou de situação específica, da maneira que haveria de ser tratada.

Diferentemente do asseverado pelo P-Sol, as decisões deste Egrégio Supremo Tribunal Federal não seguem um movimento crescente e nem devem seguir, pois as situações levantadas como paradigmas têm particularidades significativas, que não podem ser desprezadas⁶.

⁵ - Janaina Conceição Paschoal. *Ingerência Indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.p. 194/195.

⁶ - A esse respeito, vale consignar que, analisando casos concretos, repletos de especificidades, os Tribunais pátrios já vêm proferindo decisões que materializam o sentido conferido por este Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54. A título de exemplo, cita-se precedente em que fora autorizada a interrupção da gravidez de gêmeos siameses com dicefalia, que inviabilizava a vida extrauterina (Confira-se: TJRJ, 8ª. Câmara Criminal, HC n. 0023285-95.2015.8.19.0000, Rel. Des. Cláudio Tavares de Oliveira Jr. J. 27/05/2015, Ementário 08/2015, n. 5, 24/06/2015).

Por outro lado, essa maneira de raciocinar do P-Sol apenas revela que falar em descriminalização esconde o verdadeiro objetivo da demanda de que ora se trata, qual seja: **legalizar o aborto, obrigando que o Sistema Único de Saúde forneça o procedimento como se fora, efetivamente, um tratamento, quando não é.**

Do pedido implícito:

Explicitamente, o P-Sol solicita que esta Suprema Corte declare que a Constituição Federal não teria recepcionado os artigos 124 e 126 do Código Penal em sua totalidade. Em um primeiro momento, pleiteia a descriminalização do aborto realizado até a décima segunda semana de gestação, seja por parte da própria gestante, seja por parte de terceiros.

A princípio, descriminalizar implicaria apenas retirar um comportamento ilícito do âmbito do Direito Penal, sendo certo que o mesmo comportamento poderia seguir ilícito, recebendo sanções (ou restrições) em outras esferas do Direito.

Ocorre que uma leitura atenta da exordial revela que o Partido político proponente, na verdade, almeja que esta ADPF tenha o efeito não só de descriminalizar, mas também de legalizar o aborto, quando praticado nas doze primeiras semanas de gravidez. Isso porque fala-se, a todo tempo, em um verdadeiro direito da mulher a realizar tal procedimento.



Paschoal Advogados

A título de exemplo, cita-se o quanto consignado no item 72 da inicial, no qual se fala claramente em oferta descriminalizada desse “serviço de saúde”. Confira-se:

*“Não importam as concepções de bem íntimas a cada mulher; **direito** ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida. Projeto de vida é ter condições sociais e políticas para dar sentido à própria existência, em respeito à ordem constitucional vigente: o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres é um núcleo essencial do projeto de vida para as mulheres. Mesmo que, por convicções privadas, uma mulher não venha a realizar um aborto, **a oferta descriminalizada do serviço de saúde** é um ato de neutralidade do Estado em questões morais” (destacamos).*

Em várias outras passagens, além de tratar o aborto como um direito, a inicial contempla o aborto como decorrência do direito reprodutivo feminino, fala-se até em justiça reprodutiva, em uma inversão de valores impossível de encontrar respaldo jurídico, ou mesmo semântico. Confira-se o seguinte trecho da petição inicial, constante do item 75:

*“**O direito ao aborto é**, além de um exercício de autodeterminação, **um elemento central da justiça reprodutiva**. Nesse sentido, a revisão da legislação punitiva do aborto pode e deve ser acompanhada de garantias de cidadania às mulheres: acesso à informação, educação escolar sobre saúde sexual e reprodutiva, oferta de métodos modernos de contracepção, assistência sociopsicológica após aborto ou parto, equipamentos sociais para o cuidado das crianças e suporte ao retorno das mulheres ao mundo do trabalho. Nesse sentido, o respeito à autonomia no campo reprodutivo tem como uma de suas consequências a redução de gestações não planejadas e, conseqüentemente, do número de abortos” (destaques nossos).*

Já há um bom tempo, o tema aborto vem sendo eufemisticamente debatido, sob a denominação equivocada de Planejamento Familiar. Ocorre que a Lei de Planejamento Familiar trata do direito de ter e não ter filhos, mediante todos os métodos contraceptivos, ou seja, métodos que previnem a gravidez. Em nenhuma hipótese, o Planejamento Familiar contempla a possibilidade de impedir uma pessoa de nascer, uma vez concebida.

Paschoal Advogados

Na linguagem coloquial, muita vez, os termos despenalização, descriminalização, legalização são tomados como sinônimos. No entanto, as consequências jurídicas de cada qual são bem diferentes e significativas.

A inicial traz argumentos que, em alguns momentos, fomentariam uma despenalização do aborto quando praticado pela própria gestante. Em outras oportunidades, discorre sobre fundamentos que poderiam ensejar a descriminalização, o que mais claramente requer; entretanto, nas entrelinhas, nota-se que o que se busca é a legalização, com a obrigatoriedade de a interrupção da gravidez (em qualquer hipótese), nas doze primeiras semanas, ser disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde, diante da simples solicitação da mulher gestante.

O aborto, equivocadamente, é mencionado como um tratamento de saúde e, por conseguinte, se provida a presente ADPF, será fornecido como tal. É importante deixar bastante explícita qual é a pretensão e quais serão as consequências do adimplemento de tal pretensão.

Como se não bastasse o jogo de palavras empregado com o intuito de disfarçar o que realmente se quer, o P-Sol, mesmo sem procuração, fala o tempo todo em nome das mulheres negras, indígenas e pobres.

Pois bem, seria importante saber se essas mesmas mulheres quererão dividir os poucos recursos da saúde pública, que já não são suficientes para fazer pré-natal e mamografias, com procedimentos de interrupção da gravidez. Aliás, faz-se necessário indagar se mulheres negras e indígenas, mesmo que não careçam dos serviços de saúde pública, desejam que o dinheiro dos impostos seja destinado ao financiamento da interrupção de gestações.

O tema pode parecer secundário, mas não é!

Os penalistas brasileiros, muito embora se apresentem como partidários do Direito Penal Mínimo, informado pelos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade, a bem da verdade, têm dificuldade em lidar com a ideia de que entre o Direito Penal e o nada, há uma gama de possibilidades, sendo certo que, mesmo intrinsecamente ao Direito Penal, há um leque significativo de modos de enfrentamento de cada questão.

Paschoal Advogados

Essa dificuldade fará, fatalmente, que a solicitada descriminalização do aborto, se concedida, implique a automática legalização (que é o que o Partido proponente busca), com absoluta desproteção da vida intrauterina e, por conseguinte, da própria vida, constitucionalmente assegurada.

Da suposta afronta ao direito à vida:

Como asseverado, o P-Sol busca a descriminalização (leia-se: legalização) do aborto, aduzindo que a incriminação de tal prática feriria o direito à vida. Com o intuito de tentar conferir alguma lógica a tal argumentação, o Partido proponente consigna que mulheres morrem em decorrência das complicações havidas na prática insegura de tal procedimento.

Ocorre que a incriminação do aborto não está relacionada à proteção da vida da mulher, muito embora seja a prática admitida quando a gestação acarrete riscos à gestante. A incriminação do aborto visa à tutela do bem jurídico vida do nascituro, independentemente de seu sexo biológico.

Como ensina Silmara Chinelato, “o desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios- zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto-, representa apenas um *cotinuuum* do mesmo ser, que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto”⁷.

O trecho acima transcrito se revela significativo, pois independentemente de se conceber como termo inicial da vida a concepção, o nascimento, ou qualquer outro momento entre a concepção e o nascimento, certo é que todo ser humano, necessariamente, passa por esses muitos estágios do desenvolvimento intrauterino. Desse modo, qualquer pretensão de desproteger esses vários estágios interessa a todos, homens e mulheres, nascidos e por nascer.

Em várias passagens da petição inicial, o P-Sol alega que proteger a vida intrauterina, sobretudo penalmente, seria desproporcional. Uma leitura apressada

⁷ - *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 300.

Paschoal Advogados

poderia levar à equívoca conclusão de que o aborto, o infanticídio e o homicídio recebem idênticas penas. Mas uma simples consulta ao Código Penal mostra que a resposta jurídico-penal a essas muitas afrontas à vida é diferenciada, sendo evidente, portanto, que o legislador foi bastante cauteloso ao lançar mão da arma mais forte do Estado, qual seja o Direito Penal.

O P-Sol fala em desproporcionalidade na resposta estatal. Mas a resposta estatal é proporcional. O que não se revela proporcional é deixar a fase intrauterina, pela qual todos os seres humanos, necessariamente, passam, absolutamente carente de proteção.

A esse respeito, resta importante lembrar que o P-Sol não se contenta com a descriminalização (ausência de proteção penal), pretendendo a legalização (completa ausência de proteção estatal).

Jürgen Habermas, em *Verdade e Justificação* mostra que, na tentativa de justificar um discurso, “há a necessidade *prática* de confiar intuitivamente no tido por verdadeiro de maneira absoluta”⁸.

Ora, o partido proponente deseja tanto a legalização do aborto que consegue afirmar, como se fora verdade, que o bem jurídico tutelado pela incriminação do aborto, qual seja a vida, restaria maculado pela mesma incriminação. Esquece-se que também as mulheres, que querem crescer, se desenvolver, planejar suas famílias e ter total poder sobre seus próprios corpos precisam, antes, nascer!

Há muitas teorias para tentar explicar a relação existente entre a Constituição Federal e a legislação penal. Dentre as várias teorias, a subscritora da presente elegeu trabalhar com a que toma a Constituição Federal como uma grande moldura em cujo interior o legislador ordinário se movimentará com o fim de tutelar os bens jurídicos eleitos como fundamentais por aquela mesma Constituição Federal. Como consequência de tal convicção, não haveria nem uma obrigatoriedade de tutela penal, nem uma proibição de tutela penal, sempre que presentes a dignidade, o merecimento e a carência⁹.

⁸ - São Paulo: Loyola. 2004. p. 259.

⁹ - Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

Paschoal Advogados

Ora, o legislador ordinário, ao conferir tutela ao bem jurídico penal vida, em suas várias faces, agiu com parcimônia e, por conseguinte, a tipificação foi constitucionalmente recepcionada.

A sanção ao homicídio traz muitos graus (feminicídio, homicídio qualificado, homicídio simples, homicídio privilegiado, homicídio culposo); há, ainda, o infanticídio e o aborto, devendo lembrar que a incriminação ao aborto não é absoluta, guardando conformidade com a natureza fragmentária do Direito Penal, pois há circunstâncias, como já visto, em que a interrupção da gravidez resta autorizada. Ademais, cumpre destacar que o legislador ordinário teve o cuidado de diferenciar, em termos de reprovabilidade, o aborto praticado pela própria gestante, o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante e o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante. Como consignar que essa gama detalhada de tipificação fere o princípio da proporcionalidade e, portanto, a Constituição Federal?

Diferentemente do que procura demonstrar o P-Sol, mais por fé do que por convicção, não há um único dispositivo constitucional com relação ao qual os artigos 124 e 126 do Código Penal pudessem se mostrar conflitantes. O desejo do Partido não pode criar um conflito onde ele não existe!

A tipificação do aborto, mormente com o viés fragmentário com que ocorre no ordenamento jurídico pátrio, em nada macula a Constituição Federal, podendo-se mesmo dizer que a concretiza, na medida em que garante a todos (homens e mulheres) a possibilidade de nascer e, por conseguinte, gozar plenamente o direito à vida.

Não parece excessivo lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil, protege a vida a partir da concepção, estatuidando que os Estados Partes, que ainda preveem pena de morte, deverão se abster de aplicá-la a mulheres em estado gravídico, reconhecendo, portanto, a independência jurídica entre a mulher e o conceito. Confira-se o constante do Artigo 4º., dessa importante Convenção:

“Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de

Paschoal Advogados

tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente” (grifamos)¹⁰.

Se a tutela será penal, ou não, é da esfera de decisão do legislador ordinário e assusta o fato de um Partido Político, que deveria ser o primeiro a privilegiar o debate no âmbito do Poder Legislativo, furtar-se do dever de tentar convencer os representantes do povo, para tentar convencer a cúpula do Poder Judiciário.

Nesta oportunidade, para que não haja mal-entendidos, faz-se preciso esclarecer que ao trazer essa crítica, não se está a corroborar o discurso de denunciamento a um suposto “ativismo judicial”. Não é disso que se trata.

A indignação diz respeito ao fato de um Partido Político não compreender que toda vez que os próprios membros do Poder Legislativo abdicam de seus poderes estão a fragilizar sua própria atividade.

Não é da esfera do Poder Judiciário avaliar se a tutela à vida intrauterina será conferida por meio do Direito Penal. Essa é uma escolha legislativa, que deve ser respeitada e, no caso, tal escolha foi feita de maneira parcimoniosa e absolutamente conforme à Constituição Federal.

Em publicação anterior, específica com relação ao tema aborto, resgatando a ideia de que a Constituição Federal seria uma moldura, em meio a qual o legislador poderia se movimentar, a subscritora da presente sustentou que a criminalização/descriminalização do aborto não está no âmbito de uma análise de constitucionalidade, mas sim na esfera de decisão de política criminal, que está

¹⁰ - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

relacionada à atuação do legislador. Já nessa publicação, sustentou-se que eventual afastamento da tutela penal jamais poderia implicar a total ausência de tutela e eventual elevação do aborto à categoria de direito, como se almeja neste feito. Transcreve-se:

“Em sede de doutoramento, defendeu-se que, sequer quando traz determinações expressas de criminalização, a Constituição Federal obriga o legislador ordinário a criminalizar. Dessa forma, assiste razão ao desembargador quando consiga que o legislador ordinário está livre para proteger a vida intrauterina mediante o recurso a outras esferas do Direito, que não a penal. No entanto, tal constatação, absolutamente correta, não leva à conclusão de que o legislador ordinário não possa criminalizar o aborto, mediante a ponderação de valores. Trata-se de premissa correta, mas de conclusão açodada, com todo respeito. Igualmente precipitado parecer ser o entendimento de que a mulher tem direito fundamental ao aborto. Tal entendimento apesar de não ter reflexo na jurisprudência, como esta pesquisa pôde constatar, ganha força na doutrina nacional e estrangeira. É intrigante a confusão que constantemente se estabelece: em razão do fato de o Direito Penal somente poder tutelar direitos fundamentais, conclui-se, equivocadamente, que todo direito fundamental deve ser tutelado pelo Direito Penal e, por conseguinte, com relação ao aborto, consigna-se que eventual descriminalização implicaria o reconhecimento de que a interrupção da gravidez constitui direito fundamental. Essa inversão de valores também leva à equivocada equiparação entre descriminalização e legalização do aborto. De fato, os entusiastas da descriminalização não se contentam com o fato de uma mulher que provoca em si, ou se submete ao aborto, não ser penalmente punida. Pleiteiam que o Sistema Único de Saúde (SUS) forneça a possibilidade do aborto como medida de saúde, como outra intervenção cirúrgica qualquer, ou mesmo com precedência sobre as demais. Manter a criminalização do aborto, ou descriminalizá-lo, não guarda qualquer relação com eventual legalização. A Constituição Federal não obriga que a vida intrauterina seja protegida por meio do Direito Penal, mas, sendo a vida um

direito fundamental, a Constituição Federal também não proíbe o recurso à tutela penal”¹¹.

Em outras palavras, pela importância do direito a nascer, mesmo que o legislador decida, seguindo todos os trâmites do Poder Legislativo, descriminalizar o aborto (e esse é um tema do Poder Legislativo), jamais poderá legalizar a prática, normalizando-a. Tal normalização fere o núcleo duro dos direitos fundamentais e alguma garantia de que nascerá o nascituro precisa ter!

Por outro lado, obrigar o profissional de saúde a fornecer um procedimento que ceifa a vida como tratamento, com fulcro apenas na vontade da mulher, constitui uma contradição intrínseca com o que seja saúde e com o que seja natural.

“Ao conceito de Constituição em sentido formal corresponde, assim, uma ideia material. Não se aclama apenas uma forma; a Constituição formal também não é neutra. Este conceito e esta ideia incidem de tal modo no acto constituinte que um conceito material de Constituição só o erguem os autores num momento posterior e tardio. A ideia de Constituição é de uma garantia, e ainda mais, de uma direcção de garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais. Infere-se disto que as grandes opções do constitucionalismo se ajustam às do liberalismo. Visa-se o modelo liberal da sociedade humana, de acordo com a recta razão consubstanciada no Direito natural. Vão-se exaltar os direitos dos cidadãos à liberdade, à segurança e à propriedade e vai-se buscar a separação dos poderes do Estado como processo mais certo de obstar a que aqueles sejam colocados em perigo. A Constituição instaura um

¹¹ - Janaina Conceição Paschoal. “Aborto”. In: Miguel Reale Júnior (Coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate- crimes contra a pessoa*. Vol. 1. RJ: GZ. 2011. p. 92/93.

Paschoal Advogados

regime fundado na liberdade individual e governos em que às várias funções são tomadas como poderes cometidos a órgãos distintos”¹².

A pretensão do P-Sol não encontra respaldo na Constituição Federal, sob a perspectiva formal e, a bem da verdade, finda por desrespeitar a Carta Magna em sua vertente material, seja pelo fato de a vida de todos os seres humanos (e todos passam pela fase uterina) ser tutelada, seja em razão de a escolha da natureza da tutela ser atribuição do Poder Legislativo, por cujas competências todos os Partidos Políticos haveriam de zelar.

Por óbvio, a mulher que, eventualmente, tenha praticado ou se submetido a um aborto, ao procurar um serviço de saúde em razão de quaisquer complicações, haverá de ser tratada. Mas essa situação é completamente diferente da buscada pelo P-Sol, pois, contraditoriamente, em nome do direito à vida, o Partido quer impedir vidas.

Ademais, no item 98 da exordial, o próprio P-Sol reconhece que, atualmente, faltam profissionais de saúde para efetuar até mesmo as interrupções da gravidez já autorizadas pelo ordenamento vigente. Como pretendem concretizar sua pretensão? Ignorando que médicos, quando de suas formaturas, assumem compromisso com a vida? Obrigando-os a se submeter ao desejo de tornar o aborto um método de contracepção?

O Partido proponente, a toda evidência, confunde o que é um seu desejo com o que seria objetivamente conforme à Constituição Federal. Ocorre que o Partido não pode impor um seu gosto a toda uma sociedade. Emprestando as reflexões de Immanuel Kant, acerca do juízo de gosto e do juízo comum, pode-se dizer que o P-Sol quer impor um seu gosto a todos, como se fora o gosto de todos. Mas constitucionalidade e inconstitucionalidade não têm a ver com gosto, ou opção, mas com conceitos.

“O juízo de gosto exige o assentimento de todos, e quem declara algo belo pretende que todos devem dar aplauso ao objeto presente e declará-lo igualmente belo. Este dever ser do juízo estético, mesmo com todos os dados requeridos para julgar, se formulará, pois, de modo meramente condicionado.

¹² - Jorge Miranda. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 33.

