



ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL DE ABORTO NO BRASIL

Pedro Abramovay

Escrever sobre temas que constituem debates clássicos é sempre tarefa das mais difíceis. Há uma constante sensação de que todos os argumentos já foram postos e que muito pouco se pode acrescentar ao debate. O tema do aborto, além de configurar claramente essa situação possui uma dificuldade adicional. Não é fácil distinguir ou delimitar em que momento o debate sai do campo jurídico para um debate filosófico ou da filosofia para a religião.

O objetivo deste artigo é abordar a questão estritamente do ponto de vista jurídico-constitucional, procurando articular argumentos no sentido de verificar a adequação constitucional do texto previsto nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal.

Não se trata, portanto, de análise da conveniência de modificação da lei penal pelo parlamento brasileiro, mas de analisar se o texto legal de 1940 é ou não compatível com a Constituição vigente, devendo, caso não o seja, ser declarado inconstitucional por não ter sido recepcionado pelo Texto de 1988.

O Código penal brasileiro define como crime a prática de aborto. A Constituição Federal não foi, em nenhum momento explícita ao tratar do tema, não havendo, assim, regra constitucional para ser imediatamente aplicada, devemos, então

buscar os princípios, ou mandamentos de otimização, que melhor **nos guiem para** constatar se a norma em análise é ou não compatível com o texto constitucional ¹.

A definição de qualquer conduta como ilícita é, por certo, restritiva à liberdade dos indivíduos. Entretanto, a regulação de condutas individuais por parte do Estado é idéia constituinte do próprio conceito formador de Estado. Mas quando essa conduta, além de ilícita constitui norma penal, punindo o sujeito que desrespeita a norma com a perda da liberdade, é necessária imediata aplicação do princípio da razoabilidade para se saber se o direito penal (entendido como recurso a ser aplicado em último caso) é o meio idôneo para se coibir a conduta indesejada.

Assim, o primeiro esforço do intérprete constitucional ao analisar uma norma penal deve ser o de descobrir qual é o bem jurídico² protegido pela norma em questão para saber se a perda de liberdade é meio razoável para que se tente inibir a conduta.

No caso do aborto pergunta-se: qual é o bem jurídico protegido pela criminalização dessa conduta? A resposta mais simples parece ser a vida do feto. Entretanto não há consenso sobre isso na doutrina ou na jurisprudência internacionais³.

Talvez a obra mais importante sobre a discussão constitucional acerca do aborto seja o livro *O Domínio da Vida* de Ronald Dworkin. Nesta obra, o jurista **parte**

¹ Cf R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed, Madrid, 2007. pp 67-69

² Para Evandro Pelarin “O bem [jurídico] é considerado antes de tudo como um “valor” (que pode ser imaterial) constitucional carecedor de amparo, não como um objeto físico penalmente relevante, dependente de uma expressão constitucional e de uma organização codificada. Daí que o conflito entre o direito penal de justiça e o direito penal secundário, que importará maior ou menor criminalização, não se refere propriamente à questão da codificação, um problema eminentemente formal, mas sim diz respeito, entre as variantes mais salientes, ao grau de antecipação da proteção dispensada ao bem jurídico” grifo do autor. Evandro Pelarin, *Bem Jurídico-Penal – Um debate sobre a descriminalização*, IBCCRIM, São Paulo 2002. p. 150

³ O juiz Blackmun, no caso *Roe v. Wade*, nos lembra que a proibição do aborto na antiguidade, quando ocorria, pretendia proteger o direito do pai à sua descendência

da discussão preliminar feita no caso que descriminalizou o aborto nos EUA (*Roe v. Wade*), de se o feto é ou não uma pessoa constitucional. A corte americana decidiu claramente, contando inclusive com o voto daqueles que votaram contra a decisão vencedora, que não é possível atribuir personalidade ao feto.

A partir deste conceito Dworkin tenta demonstrar que o que se pretende proteger com a proibição do aborto não são os interesses do feto, mas a própria sacralidade da vida humana. Haveria, para este autor “uma espécie de vergonha cósmica, sempre que a vida humana em qualquer estágio é deliberadamente eliminada”⁴⁵. Esse raciocínio é particularmente interessante, pois ele nega a idéia de que, no momento em que se deixa de reconhecer o feto como pessoa, automaticamente o aborto perde a sua carga moral negativa. O aborto é algo a ser evitado, sem dúvida, mas o fundamento não é a proteção a uma vida humana e sim o reconhecimento do caráter sagrado da vida, mesmo quando ela é apenas uma possibilidade. Como veremos, essa diferença de fundamentação tem profundas conseqüências jurídicas.

Tal concepção nos parece absolutamente adequada com o direito brasileiro. O nosso direito, expressamente, no código civil, confere personalidade ao ser humano a partir de seu nascimento. A própria pena prevista para os crimes previstos nos artigos 124 e 126 (1 a 3 e 1 a 4 anos respectivamente) expressam que não pretende o

⁴ *O Domínio da vida*, pp 15 e 16

⁵ Também neste sentido Claus Roxin “se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações.” ROXIN, Klaus, *A Proteção da vida humana através do Direito Penal* disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134

legislador proteger o mesmo bem jurídico que é protegido pelo homicídio (pena de 6 a 20 anos): a vida de uma pessoa humana.

Este argumento ganha força ao nos defrontarmos com a possibilidade de aborto legal prevista no artigo 128, II, que possibilita o aborto no caso de estupro.⁶ Ora, evidentemente que tal exclusão não poderia ser aplicada a um crime que protegesse um bem como a vida humana. Seria completamente absurdo falarmos em homicídio legal, se realizado contra um ser humano fruto de estupro.

Sobre este tema Dworkin afirma que a exceção do estupro é claramente incompatível com a noção de que o feto é uma pessoa: “Por que se deve privar um feto de seu direito a viver e obrigá-lo a pagar com a própria vida um erro cometido por outra pessoa ?.”⁷

O que podemos perceber com a exceção prevista no inciso II do artigo 128 do CP é que o legislador atribuiu um valor maior à preservação da honra da mulher - e da família – do que à inviolabilidade da vida humana presente no feto.

Qualquer interpretação contemporânea que se possa dar à Constituição não pode admitir que um texto constitucional que tem por fundamento o princípio da dignidade humana, que consagra a liberdade como um de seus valores centrais, não garanta à mulher o direito de liberdade reprodutiva.

⁶ Há alguma discussão doutrinária sobre se a exclusão referida é de punibilidade ou de ilicitude. Essa discussão tem alguma relevância, pois se se trata de mera exclusão de punibilidade não se retira o caráter ilícito da conduta. Entretanto, em primeiro lugar, a doutrina majoritária no Brasil fala em excludente de ilicitude, (além da própria exposição de motivos do CP, que fala em conduta ‘penalmente lícita’ poderíamos citar Nelson Hungria, Heleno Claudio Fragoso, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Mirabette, entre outros), além disso, mesmo que a exclusão fosse de punibilidade, ela demonstra uma proteção diferente à conferida ao bem jurídico protegido no caso de homicídio, uma vez que uma exclusão de punibilidade em homicídio contra uma criança fruto de estupro seria, também, claramente inadmissível.

⁷ *Domínio da Vida* p 132

Para Dworkin: “ O direito à autonomia procriadora tem um lugar importante não apenas na estrutura da Constituição norte americana, mas também na cultura política ocidental em termos gerais. A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como a responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções. [...] De fato, a premissa mais básica da democracia ocidental – a de que o governo seja republicano, e não despótico – incorpora um compromisso com essa concepção de dignidade. Em sentido amplo, o princípio da autonomia procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática.”⁸

E é evidente que se esse direito é garantido ele tem pelo menos uma equivalência moral com a honra da mulher protegida com a exclusão hoje prevista no código penal.

Para Daniel Sarmento: “ A criação dessa permissão, pouco importando as reais motivações do legislador, só pode se explicar pela consideração das repercussões negativas do nascimento indesejado. A coerência e, assim, a proporcionalidade ou razoabilidade – e aqui se fala de princípio diretamente derivado do aspecto de garantia material ínsito a cláusula fundamental do devido processo legal – estão a impor a ilicitude da realização do aborto com consentimento da gestante a todos os casos em que , por razões diversas, o nascimento se mostre igualmente indesejado.”⁹

⁸ Op. Cit p. 220

⁹ Daniel SARMENTO. *Legalização do Aborto e Constituição in* Daniel SARMENTO e Flavia PIOVESAN (org) *Nos Limites da Vida*, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2007 p. 36

Parece óbvio que a exclusão de ilicitude (ou de punibilidade) apenas no caso da existência de um crime contra honra é reflexo de um direito produzido em época na qual os direitos das mulheres não tinham a dimensão que hoje possuem. Quase 70 anos depois, os tipos penais dos artigos 124 e 126 necessariamente devem ser lidos em conformidade com a atual Constituição que garante os direitos reprodutivos da mulher.

A idéia de que deve haver uma proteção para a vida uterina, mas que essa tutela não pode excluir completamente a autonomia reprodutiva da mulher está presente hoje na jurisprudência de quase todas as cortes constitucionais da Europa e América do Norte.

A Suprema Corte Americana, no caso *Roe v. Wade* garante a existência de um interesse que pode ser protegido pelo estado na vida pré-natal quando afirma que “*As noted above, a State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life.*” Mas afirma claramente a supremacia do direito de privacidade¹⁰ da mulher ao dizer que “*This right of privacy[...]*is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted**

¹⁰ O direito à privacidade, utilizado no caso, claramente contém o direito à autonomia reprodutiva. Dworkin explica que “O direito à privacidade que o tribunal endossou no caso *Roe v Wade* significa, claramente, privacidade no sentido de soberania quanto a decisões particulares específicas.” *Op. Cit p 75*

child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation.”

O Tribunal Constitucional alemão afirmou que “embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatórios, em outros, que não se imponha a elas o dever legar de levar a gravidez a termo.”¹¹

O Conselho Constitucional francês, ao decidir sobre a legalidade da lei que estendeu de 10 para 12 semanas o prazo do aborto justificou sua decisão afirmando que: “*la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*”¹²

Entendida a viabilidade jurídica da tese, hoje em dia amplamente aceita de que é possível conciliar o reconhecimento de uma tutela jurídica do feto - enquanto

¹¹ 88 BverfGE 203, *apud* SARMENTO, Daniel p. 15

¹²Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001446/2001446dc.htm>

expressão da vida humana - com a garantia plena dos direitos reprodutivos das mulheres – que decorrem diretamente do princípio da dignidade humana -, devemos agora nos questionar sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para, substituindo o legislador, reformar a ordem jurídica brasileira no que concerne ao aborto.

Poderia se imaginar que o tipo de controvérsia suscitada por questões como o aborto deveriam ser deixadas para o parlamento resolver.

Coerentemente com o seu livro “Levando os Direitos a Sério” Dworkin reafirma em seu texto sobre o aborto que “a constituição é uma constituição de princípios e que cabe ao Supremo Tribunal decidir o que a declaração de direitos significa em cada caso concreto”¹³

E ao analisar o caso do aborto especificamente ele demonstra, em primeiro lugar, que mesmo para aqueles que defendem que o feto é uma pessoa, o judiciário não pode se abster na questão do aborto: “Se o feto é uma pessoa a partir do momento de sua concepção, o estado não teria nenhuma justificacão para permitir o aborto em termos gerais e proibir que, em circunstâncias fatais, os bebês fossem mortos ou abandonados. [...]Portanto, todos aqueles que dizem que o Supremo Tribunal deveria deixar que os estados decidam a questão do aborto ao sabor de suas tendências políticas, estão na verdade admitindo que feto não é uma pessoa constitucional.”¹⁴

Mas ele conclui: “um estado não pode proibir essa prática com base no [pressuposto] de que a maioria de seus cidadão aceita que o aborto de um feto – a não ser talvez, quando a vida da própria mãe está em jogo – constitui um insulto

¹³ Op. Cit p. 164

¹⁴ Op. Cit. Pp. 153 e 154

intolerável ao valor inerente da vida humana. [...] Criminalizar o aborto pode destruir a vida de uma mulher”¹⁵ E mais adiante: “Um estado não pode restringir a liberdade a fim de proteger quando o efeito sobre um grupo de cidadãos for especialmente grave, quando a comunidade estiver seriamente dividida a respeito do que o respeito por esse valor exige e quando as opiniões sobre a natureza desses valores refletirem convicções religiosas que são fundamentais para a personalidade moral”¹⁶

Se analisarmos este caso do ponto de vista que nos é oferecido por Habermas, compreendendo que “só são consideradas legítimas as leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os co-associados em um processo discursivo de formação de opinião e vontade”¹⁷, só podemos compreender a exclusão prevista no código penal como também extensiva a outros casos de gravidez indesejada, pois não há racionalidade, compatível com a democracia brasileira contemporânea na auto-atribuição da não obrigação prosseguir com a gravidez apenas no caso de estupro .

O Poder Judiciário tem se afirmado nas democracias contemporâneas como poder contramajoritário¹⁸, ou seja, o poder que garante às minorias políticas os direitos fundamentais que o parlamento ou o executivo, por meio de seus processos deliberativos não conseguiram garantir.

Para o americano John Hart Ely, autor que se opõe a um judiciário mais ativista e à visão dworkiana sobre o papel do juiz , a decisão judicial deve permanecer sempre

¹⁵ Op. Cit p. 216

¹⁶ idem, ibidem p. 220

¹⁷ Jurgen Habermas, Entre Faticidade e Validade p 101 trad. Menelick

¹⁸ A idéia do controle de constitucionalidade como exercício de um poder contramajoritário aparece já em Tocqueville: “o poder concedido aos tribunais americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis representa também uma das mais poderosas barreiras erguidas contra a tirania das assembléias políticas.” Alexis de Toqueville, *A Democracia na América – Leis e Costumes*, Martins Fontes, São Paulo , 1998. p. 117

o mais próximo possível do sentido original, garantindo a prevalência do espaço de discussão racional deliberativo por excelência, que é o parlamento. Entretanto é o próprio Ely que faz a ressalva de que o juiz pode decidir contrariamente para garantir que o processo político não tenha discriminado grupos minoritários, ou se seu resultado não tenha impacto discriminatório sobre esses grupos.¹⁹

Ora, não podemos nos esquecer que no caso brasileiro, as mulheres são, talvez, o grupo mais sub-representado de nossa democracia. Mesmo constituindo mais de 50% da população, representam pouco mais de 8% dos deputados federais. Neste contexto, não pode o judiciário esperar que o sistema majoritário garanta a efetiva proteção dos direitos da mulher.

Há uma dificuldade a mais a ser trabalhada neste caso por se tratar de lei anterior à Constituição vigente. A decisão de declaração de inconstitucionalidade de uma lei anterior à Constituição, como ensina Gilmar Ferreira Mendes²⁰, foi alvo de grandes disputas no seio do Supremo Tribunal Federal, mas parece, hoje, incontestada a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade – por não recepção do texto normativo pela Constituição – desde 1999 com a edição da lei que institui a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Desta forma, concluímos que os tipos penais hoje previstos nos artigos 124, 126 e 128 do Código protegem um bem jurídico relevante que é a inviolabilidade (ou sacralidade) da vida humana, mas só podem ser considerados recepcionados pela

¹⁹ John Ely, *Democracy and Distrust, a Theory of Judicial Review* Harvard Press University. Cambridge. P 75

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, 5ª ed., São Paulo, 2007. p 201-210

Constituição de 1988 se admitirem, ao lado das exceções hoje existentes a possibilidade de aborto no caso de gravidez que cause danos físicos ou psíquicos à mulher. É claro que tal decisão cabe unicamente, e de maneira responsável à própria mulher, que a tomará dando concretude a sua liberdade reprodutiva.

É importante frisar que tal decisão, se tomada pelo Tribunal, deve ser feita após um amplo processo de oitiva das opiniões presentes na sociedade – como saudavelmente já foi feito no caso das células tronco. Além disso, dado o tamanho da controvérsia presente neste caso, deve o Tribunal se preocupar em produzir argumentos públicos que possam ser aceitos pela sociedade – mesmo por aqueles que são contra o aborto²¹. Só assim o Tribunal poderá fazer jus àquilo que Alexy denomina representação argumentativa. Afinal, para o autor alemão “A existência de argumentos bons e plausíveis basta para a deliberação ou reflexão, mas não para representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos.”²²

²¹ Para Jack Balkin os juízes da Suprema Corte americana “provavelmente deveriam ter exposto suas opiniões em *Roe* e *Doe* com um grau de cuidado muito maior com relação a se ganhar o apoio público e evitar as críticas” (trad. Livre) Jack Balkin, *Roe v Wade – Na Engine os Controversy*, in Jack Balkin (org) *What Roe v. Wade Should have said*, NYU, Nova Iorque, 2007 p. 23

²² Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, (trad. Luís Afonso Heck), Livraria do Advogado, Porto Alegre 2007. p. 165