

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Paloma Marita Cavol Klee

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: BREVE ESTUDO
COMPARADO COM O DIREITO ITALIANO

Passo Fundo
2014

Paloma Marita Cavol Klee

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: BREVE ESTUDO
COMPARADO COM O DIREITO ITALIANO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Luiz Fernando Kramer Pereira Neto.

Passo Fundo
2014

AGRADECIMENTOS

A Deus, que desde sempre vem me iluminando
e trazendo felicidade à minha existência .

À minha família, em especial aos meus pais Denise e Leandro
e minha irmã Sophia, pelo incentivo e por acreditarem
no meu potencial, somente cheguei aqui com a ajuda
e com o amor incondicional de vocês, obrigada por tudo.

Aos meus amigos que compreenderam minha ausência
durante o período de elaboração deste trabalho

Ao orientador e professor Me Luiz Fernando Kramer Pereira Neto,
pelo apoio e orientação dados para a construção desta pesquisa.

Aos professores que tive durante o curso de graduação,
por contribuírem na construção do meu conhecimento.

A todos que colaboraram – direta ou indiretamente –
para a realização e conclusão deste curso.

"O direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana."

Tobias Barreto.

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende realizar uma análise crítica em relação ao instituto do aborto no Direito Penal Brasileiro, descriminalizando a interrupção voluntária da gravidez durante os primeiros noventa dias de gestação, tendo como base para tal interferência a legislação italiana sobre o tema. Na esteira que o Código Penal vigente é de 1940, o mesmo não se encontra mais condizente em diversos pontos com a atual forma societária brasileira. Igualmente, deve ser relevado o fato de o direito à vida não possuir caráter absoluto sobre os demais direitos fundamentais, e que diante disso deve-se também proteger os direitos fundamentais das mulheres. Outrossim, a intervenção do Direito Penal só se mostra legítima como última opção para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. Diante destes aspectos, deve ser legitimada a realização da interrupção voluntária da gravidez, da mesma maneira ocorrida na Itália, através de um sistema que combine prazo e indicações. Desta forma, possibilitar-se-á a gestante interromper com a sua gravidez durante os três primeiros meses de gestação, considerando-se apenas os seus interesses, e, após este período, a licitude do aborto restaria condicionada a situações específicas a serem discriminadas na lei.

Palavras-chave: Aborto. Bem Jurídico-penal. Descriminalização. Direito Penal Mínimo.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1 PANORAMA HISTÓRICO, PENAL E ATUAL DO ABORTO | 8 |
| 1.1 A história da Itália e do Brasil quanto ao tratamento jurídico do aborto | 8 |
| 1.1.1 Em âmbito italiano | 9 |
| 1.1.2 Em âmbito brasileiro | 11 |
| 1.2 Do tratamento legal e jurisprudencial do aborto no Brasil | 14 |
| 1.2.1 Auto-aborto e aborto consentido | 16 |
| 1.2.2 O aborto provocado sem o consentimento da gestante | 17 |
| 1.2.3 O aborto provocado com o consentimento da gestante | 18 |
| 1.2.4 Forma majorada | 19 |
| 1.2.5 Aborto necessário e humanitário: excludentes de ilicitude | 20 |
| 1.2.6 A questão dos fetos anencéfalos | 22 |
| 1.3 O bem jurídico tutelado penalmente | 25 |
| 2 OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO SOBRE UM PONTO DE VISTA CRIMINOLÓGICO | 32 |
| 2.1 Direito Penal Mínimo em face dos pressupostos de um Estado Democrático de Direito | 34 |
| 2.2 O fenômeno da criminalização | 39 |
| 2.3 Os processos de descriminalização | 43 |
| 3 OS DEBATES QUANTO À DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL SOB O ENFOQUE DA LEI ITALIANA Nº 194/78 | 52 |
| 3.1 Os conflitos atinentes à interrupção voluntária da gravidez | 52 |
| 3.2 A Lei nº 194/78 e a perspectiva italiana sobre o aborto | 68 |
| 3.3 Sistema de prazos e Sistema de indicações. | 77 |
| CONCLUSÃO | 80 |
| REFERÊNCIAS | 84 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar a possibilidade de descriminalização do aborto no Brasil, pautando as principais discussões e argumentos, tendo como referência a legislação italiana sobre o tema.

A escolha do tema parte da análise do elevado índice de mulheres que já abortaram no Brasil, demonstrando que a ilicitude da ação não impede estas de interromperem com as suas gestações, mesmo que isso signifique a sujeição a clínicas clandestinas e a métodos que coloquem em risco sua saúde física e mental. Alarmante também configura o número de mortes decorrentes de procedimentos abortivos no Brasil, sendo esta a terceira causa de morte materna no país. Outro elemento em destaque é o irrisório número de processos penais instaurados contra casos de abortamento. Diante disso, o Estado persegue-as, mas não as pune, o que revela a inocuidade da ameaça penal.

De outra banda, há mais de trinta e seis anos um país completamente vinculado à religião católica aprovou uma lei descriminalizando o aborto, permitindo a gestante nos primeiros noventa dias de gestação realizar a interrupção de sua gravidez simplesmente por entender que não pode arcar – não somente em sentido financeiro, mas também emocionalmente e atrelado da mesma forma a sua saúde ou a qualquer outro relevante motivo – com a sua gestação. Este país é a Itália, que até hoje mantém esta legislação em vigor, juntamente com a maioria dos países integrantes da União Europeia.

A partir disso, como objetivo principal do presente trabalho, será analisar a possibilidade de implementação de uma lei descriminalizadora do aborto, com base na legislação italiana. Para isso sopesa-se a realidade crassa brasileira, como também os direitos da mulher ao livre exercício da maternidade, possibilitando a mesma decidir sobre o prosseguimento de sua gestação. Para que isso ocorra, deve o Estado fornecer através do sistema público de saúde um ambiente e condições apropriadas para a realização de um procedimento abortivo.

Do ponto de vista da estrutura, a presente dissertação está composta de três capítulos:

No capítulo primeiro, refere-se brevemente às batalhas travadas na Itália até a culminação na lei que legalizou a interrupção voluntária da gravidez, como também quanto ao tratamento conferido ao aborto no decorrer da história brasileira, indicando a classificação

deste procedimento no atual Código Penal, suas causas de justificação, e a atual posição do Supremo Tribunal Federal quanto aos fetos anencéfalos. Por fim, enfrenta a questão sob o ponto de vista do bem jurídico-penal, analisando primeiramente o conceito e legitimação deste no Direito Penal, para posteriormente explanar quanto à titularidade do bem jurídico-penal na interrupção voluntária da gravidez.

Por sua vez, no capítulo segundo, o tema é analisado sobre o âmbito da criminologia, desmembrando o princípio de maior destaque e importância no Direito Penal, que deve pautar toda a sua atuação: o princípio do Direito Penal Mínimo, que se subdivide em tantos outros princípios, todos devendo ser conjugados no momento da criação de uma norma penal. Neste ínterim, descreve-se os processos de criminalização e descriminalização de delitos, quando um e o outro deve ocorrer, sendo que ambos exigem que o legislador esteja interligado com a sociedade e suas mudanças e transições para realizar tais modificações no sistema penal.

Por derradeiro, o capítulo terceiro, trata especificadamente do aborto, primeiramente colocando em conflito os argumentos utilizados por quem defende a ideia de manutenção do aborto como crime e os argumentos utilizados por quem entende que a interrupção da gravidez voluntária deve ser descriminalizada, trazendo-se neste ponto dados quanto aos abortos clandestinos realizados no Brasil. Ademais, desmembra-se toda a Lei nº 194/78 italiana, responsável pela legalização do aborto, apontando dados, como também as críticas positivas e negativas atuais quanto a esta legislação. Destarte, no tópico seguinte, dedica-se um espaço para a compreensão do sistema de prazos, como também do sistema de indicações.

O método de abordagem a ser utilizado no presente trabalho será o dialético, no qual serão emitidas opiniões e contraposto fatos, argumentos e ideias, através de pesquisas bibliográficas. Quanto ao método de procedimento a ser utilizado, será o método monográfico, levando a estudo o caso objeto da pesquisa, a fim de permitir a sua discussão e dela obter um posicionamento.

Tal análise se faz imprescindível em âmbito brasileiro, pois o Código Penal em vigor no país tutelou valores atrelados à sociedade de 1940, que claramente modificaram-se ao longo do tempo, devendo o Direito Penal estar sempre concatenado aos preceitos societários atuais. Ademais, deve ser analisado se a tutela penal está sendo suficientemente necessária no que tange ao aborto, diante da difícil realidade de inúmeros abortos clandestinos ocorrendo no Brasil e perante o confronto ainda sem solução entre o direito fundamental à vida, e os direitos fundamentais das mulheres, estes últimos, praticamente não valorados na norma penal referente ao aborto.

1 PANORAMA HISTÓRICO, PENAL E ATUAL DO ABORTO

Ao iniciar um estudo acerca do aborto, tendo em vista tratar-se de um tema extremamente polêmico e complexo, não se pode rechaçar a compreensão histórico-evolutiva deste instituto ao longo do tempo. Neste ínterim, importante expor o transcurso das batalhas enfrentadas para a descriminalização do aborto na Itália, sendo que a legislação atual italiana será a base para a discussão de uma lei legalizadora do aborto no Brasil, ampliando e afirmando o direito da mulher sobre o seu próprio corpo.

Diante disso, também se faz necessário expor e entender a peregrinação realizada no Brasil, com a culminação no Código Penal de 1940, ainda em vigor, como também expor movimentações atuais quanto ao aborto na história deste país.

Outrossim, será exposto como no Brasil atualmente é a legislação acerca do aborto, esboçando conjuntamente o entendimento jurisprudencial atual quanto aos fetos anencéfalos, e por fim como se dá a construção do bem jurídico tutelado penalmente e dentro deste contexto, qual é o bem jurídico penal protegido pela criminalização do aborto.

1.1 A história da Itália e do Brasil quanto ao tratamento jurídico do aborto

Dentre os diversos séculos, desde que se tem notícia de sua prática, o aborto tornou-se um analisador civilizacional, pois permite observar a sociedade sob o viés de seu comportamento perante a prática da interrupção da gestação. Ainda hoje, não se encontra um padrão mundial de pensamento e legislação quanto ao aborto, mas facilmente denota-se a luta de entidades que apoiam tanto a manutenção da repreensão da prática abortiva, quanto aos que almejam sua descriminalização, fazendo com que este instituto esteja em constante movimento.

Diante disso, primeiramente se faz necessário a exposição da luta durante diversos anos de dois países que, atualmente, a sua legislação quanto ao aborto são totalmente divergentes.

1.1.1 Em âmbito italiano

A Itália, país onde a maioria da população é e sempre foi ligada à religião católica, e país onde se abriga a autoridade pontifícia, começou-se a discutir uma lei que trata a interrupção voluntária da gravidez, após a promulgação da Constituição, pois, anteriormente a esta, havia um número considerável de leis fascistas, regulando a vida dos cidadãos italianos¹.

O Código Penal italiano regulamentava a matéria quanto ao aborto no capítulo X denominado de “os delitos contra a integralidade e a sanidade da estirpe” - *dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe* - , sendo regulado nos artigos 545 a 555, basicamente, a punição de quem interrompia a gravidez de gestante não consciente, do terceiro que praticasse os procedimentos abortivos na gestante consciente, e também penalizava-se a própria gestante que abortasse voluntariamente. Neste mesmo rol, era considerado crime a instigação de uma mulher para interromper com a sua gravidez, como também restou incluído no presente regulamento as situações em que, depois de realizados os procedimentos abortivos, a gestante permanecesse grávida. Também o aborto era criminalizado quando havia causas envolvendo a honra, impotência para a procriação, a prática de publicação de meios abortivos, sobre doenças transmissíveis através de relação sexual e por fim as circunstâncias agravantes da pena².

No ano de 1961, o debate sobre o aborto clandestino foi levantado pela revista “*Noi Donne*” - nós mulheres -, esta publicada pela “*Unione donne italiane*” - união das mulheres italianas -, sendo uma investigação instaurada sob o título “os filhos que não nascem”. Esta foi a primeira vez que o silêncio sobre o assunto restou rompido na Itália. Revolucionário tornou-se esse movimento em razão de o aborto, naquela época, ser praticado em todas as classes sociais, apenas havendo diferenciação quanto ao método utilizado por cada uma. Esta distinção claramente ocorria em razão das condições financeiras das mulheres, passando assim de clínicas privadas até métodos que condicionavam a mulher a correr risco de vida como perfurações do útero com agulhas de tricô, o que demonstrava a necessidade de discussão, suscitação e mudanças quanto ao tema³.

O primeiro processo público pelo crime de aborto na Itália teve sua sentença decretada em 05 de junho de 1973, na cidade de Pádua, e envolveu a jovem Gigliola Pierobon, que

¹ GALEOTTI, Giulia. *Storia dell'aborto: farsi un'idea*. Milão: Il Mulino, Kindle edition, 2010, location 1597.

² ALTALEX. *Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*. Codice penale, Libro II, Titolo X. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36772>> Acesso em 30 de março de 2014. s/p.

³ FLAMIGNI, Carlo. *L'aborto: storia e attualità di un problema sociale*. Bolonha: Pendragon, 2008. p. 53.

engravidou aos 17 anos de idade. Por não ter condições financeiras e em razão de ter sido abandonada pelo pai da criança, Pierobon decidiu interromper a sua gravidez. Com a ajuda financeira de um amigo, realizou o procedimento abortivo. A sentença do Tribunal concedeu a Pierobon o perdão em razão da sua idade, mas outras mulheres que estavam sendo conjuntamente julgadas foram condenadas conforme o antigo ordenamento italiano⁴.

Dois movimentos importantes foram criados em meio a fortes discussões societárias sobre o aborto: um no ano de 1971, o denominado Movimento de liberação da mulher (Mld) e, após dois anos, o Centro de informações para a esterilização e aborto (Cisa). Este último tinha o propósito de educar a sociedade quanto ao dever de manter relacionamentos sexuais responsáveis, com a criação de clínicas, mesmo que ilegais, que realizassem a interrupção da gravidez. Assim, além do desejo de redefinição do aborto, o objetivo era difundir o controle de nascimento⁵.

A partir do ano de 1975, o jornal com maior influência no país, estando nesta condição até os dias de hoje, o *L'Espresso*, realizou uma campanha para revogar os artigos do Código Penal italiano que vetavam a interrupção voluntária da gravidez. A campanha iniciou-se em 19 de janeiro com o título “Aborto: uma tragédia italiana”, sendo que em sua capa havia a retratação de uma mulher grávida, nua e crucificada⁶.

O judiciário italiano mostrou-se fundamental quando se uniu a batalha para a modificação de algumas normas retrógradas do Código Penal italiano. No meio de diversas decisões fulcrais, uma obteve maior destaque na sociedade: a sentença nº 27 do dia 18 de fevereiro de 1975. Esta decisão declarou a parcial ilegitimidade do artigo nº 546 do Código Penal italiano que punia o aborto sem excetuar a hipótese em que sua realização implicasse em dano ou risco à saúde da gestante. Assim, houve a introdução na legislação italiana do princípio que afirma que o direito à saúde da gestante é pelo menos tão importante quanto à expectativa de uma nova vida, diante disso, não se pode sobrepor o direito a vida do embrião sob os direitos de vida e saúde de uma pessoa que já se encontra viva⁷.

Esta sentença abriu um importante caminho para a Itália trilhar quanto à descriminalização do aborto, tendo como fundamental os seguintes pontos: colocou o produto da concepção como simples parte do corpo da mulher, não se constituindo uma pessoa desde

⁴ GALEOTTI, Giulia. *Dagli anni Cinquanta ad oggi (1951-2011), Pierobon Gigliola*. Disponível em: <<http://www.150anni.it/webi/index.php?s=60&wid=2005>> Acesso em 30 de março de 2014, s/p.

⁵ SCIRÈ, Giambattista. *L'aborto in Italia: storia di una legge*. Milão: Pearson, 2008, p.54.

⁶ GALEOTTI, Giulia. *op. cit.*, location 1636.

⁷ SCIRÈ Giambattista. *op.cit.*, p. 77-78.

a concepção, tornando-se pessoa ao longo da gestação; a proteção jurídica do feto não pode colocar-se a frente dos direitos invioláveis dos homens, que já se encontram reconhecidos e garantidos na Constituição italiana; o interesse constitucionalmente protegido do produto da concepção pode chocar-se com outros bens jurídicos que possuem tutela constitucional, assim, uma lei não pode dar ao primeiro uma prevalência total sobre os outros; e, por fim, que seria atribuição do legislador predispor as cautelas necessárias para coibir que o aborto seja procurado sem a averiguação da gravidade do dano ou perigo à saúde da gestante se manter a gestação⁸.

No ano de 1977, o Parlamento constituiu uma comissão com 20 parlamentares, todos estes selecionados em razão de já terem apresentado projetos de lei sobre o aborto, sendo por eles em conjunto, formulado um projeto de lei, que após duas vezes fracassada a votação em Senado, no ano de 1978, foi definitivamente aprovado, nascendo assim a Lei nº 194, que está em vigor até os dias de hoje na Itália, e prevê uma união dos sistemas: o de prazos, que significa que durante os primeiros noventa dias de gestação a mulher pode interromper com a sua gravidez por motivos valorados de forma pessoal e, após este período, limita em um rol as situações em que a gestante poderá abortar, sendo o sistema de indicações⁹.

A Corte Constitucional italiana, no ano de 1997, julgou incabível a proposta de referendo ab-rogativo à população italiana para que estes votassem quanto à proposta de eliminar toda a regulamentação legal do aborto quando realizado nos primeiros três meses de gestação. A Corte afirmou que a revogação de tais normas “(...) era incompatível com o dever constitucional de tutela da vida do nascituro”¹⁰.

1.1.2 Em âmbito brasileiro

A história do aborto no Brasil teve seus primeiros registros históricos a partir da colonização portuguesa. Os portugueses se manifestavam quanto ao comportamento das mulheres indígenas que, por motivos de vingança ou medo, expulsavam de forma prematura o

⁸ FLAMIGNI, Carlo. *L'aborto: storia...*, p. 55/56.

⁹ GALEOTTI, *Dagli anni Cinquanta ad oggi (1951-2011)*, Pierobon Gigliola, location 1675.

¹⁰ SARMENTO, Daniel.(org.) *Legalização do Aborto e Constituição*. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.13.

feto, denotando-se assim, que a prática abortiva era realizada, possivelmente, há muitos anos antes da chegada dos portugueses às terras brasileiras¹¹.

No entanto, por um lado, com a preocupação dos portugueses com o “vazio demográfico” encontrado em solo brasileiro, e pelo outro, com a influência do Cristianismo, a prática do aborto começou a ser perseguida, tanto como uma forma de aumentar a população demográfica de brasileiros, como também arraigada ao sentimento de sacralidade da vida¹².

O Código Penal do Império foi onde pela primeira vez se fez referência ao aborto em uma legislação específica. A interrupção da gravidez era tratada no capítulo “crimes contra a segurança da pessoa e da vida”, dentro da seção “Infanticídio”¹³. Conforme Celso Cezar Papaleo, a lei era relativamente benévola, pois não penalizava o autoaborto, situação caracterizada quando a mulher provoca em si mesma a expulsão prematura do feto, e sim, somente quem realizava o procedimento abortivo, com ou sem o consentimento da gestante¹⁴.

A seu turno, o Código Republicano, datado de 1890, alterou a situação de seu antecedente no tocante à gestante, incriminando-a quando interrompesse sua gravidez, e atenuando sua pena se tivesse praticado o aborto para ocultar desonra própria. Adotou a distinção entre aborto com e sem a expulsão do feto, atribuindo àquele pena mais grave¹⁵. De acordo com Prado, “as penas eram igualmente aumentadas se do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo resultasse a morte da mulher”¹⁶. O Código Republicano foi o primeiro a prever em sua redação quanto às indicações ao aborto legal e necessário, quando não houvesse outro meio para salvar a vida da gestante¹⁷.

¹¹ MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. São Paulo: Almedina, 2010.p.23.

¹² PRIORE, Mary Lucy Del. *A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto*. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/442/325> Acesso em 06 de novembro de 2013.p.01.

¹³ Importa frisar que nesta fase, o corpo da mulher era ainda um mistério, pois não existiam conhecimentos científicos sobre o funcionamento do seu corpo como também do processo gestacional, sendo assim o feto tratado como uma entidade não autônoma, apenas parte do corpo feminino. Com isso, ao tratar sobre a criminalização do aborto no Código Penal no Império, ligou-se o mesmo a prática do infanticídio, diante de que não havia a concepção que hoje há de que existem dois momentos diferentes, o da vida intrauterina e o recém-nascido, pois o primeiro ainda não é uma pessoa por completo, já este último sim, diante disso merecendo tratamentos diversos, referindo-se da forma mais generalizada quanto aos dois institutos.

¹⁴ PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão*. 2. ed. ver atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.43.

¹⁵ REIS, Dagma Paulino dos. *Aborto: a polêmica interrupção voluntária ou necessária da gravidez. Uma questão criminal ou de saúde pública?* Revista dos Tribunais. Ano 83. v 709. Novembro de 1994.p.278.

¹⁶ PRADO. Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 02. 2. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.93.

¹⁷ “Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, ocasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação””. BRASIL,

Mais adiante, com a não cessação da perseguição ao aborto, o Código Penal de 1940 acabou por ter refletido em seus artigos o conservadorismo dos outros códigos. Nos artigos 124 a 128, criminaliza três modalidades de aborto: autoaborto, aborto provocado sem o consentimento da gestante e aborto provocado com o consentimento desta. Somente não pune, quando se tratar de gestação decorrente de estupro ou nas hipóteses em que seja o recurso necessário para salvar a vida da mãe¹⁸. Com este regramento, o Brasil está incluído no grupo dos 68 países que possuem a legislação mais severa com relação ao aborto no mundo¹⁹.

A partir da década de 70, iniciou-se o movimento feminista no Brasil. Conjuntamente a este, também aumentou a interferência da Igreja Católica e de outros grupos religiosos sobre o Poder Legislativo. Entre os anos de 1979 e 1985, período marcado pela redemocratização do Brasil, houve um avanço importante quanto à saúde sexual e reprodutiva da mulher²⁰.

Após o ano de 1985, a Igreja Católica iniciou sua intervenção dentro do Congresso Nacional, posicionando-se fortemente contra a descriminalização do aborto. Mesmo com toda a adversidade apresentada pelos grupos religiosos, o movimento feminista se desvincula da igreja²¹ e passa a lutar pela legalização do aborto, ampliando sua luta por um espaço político, resultando na criação do “Conselho Nacional dos Direitos da Mulher”²².

(...) a redemocratização do país, em meados dos anos 80, teve peso fundamental para tornar a questão do aborto mais visível, criando condições para a ampliação do debate e elaboração de novas normas e políticas públicas, bem como novas decisões no âmbito do Judiciário. No contexto do processo de democratização e do seu desenvolvimento, houve um fortalecimento da sociedade civil, aumentando sua mobilização em busca de direitos de cidadania. Em relação à questão do aborto, acentuou-se a atuação do movimento feminista no sentido de enfrentá-la politicamente no país – movimento social este que é o principal ator comprometido com mudanças de mentalidade e institucionais a respeito do assunto²³.

Código Penal. Decreto n. 847 –de 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 05 de maio de 2014.

¹⁸ BRASIL. *Código Penal Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 05 de maio de 2014.

¹⁹ THE WORLD’S ABORTION LAWS. disponível em <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap_2011.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2014.

²⁰ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124 e 126.

²¹ MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do...*, p. 31.

²² EMMERICK Rulian. *op. cit.*, p. 127.

²³ ROCHA, Maria Isabel Baltar. *Planejamento familiar e aborto: discussões políticas e decisões no parlamento*, 2006. p. 369. *apud* MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização...*, p. 31/32.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a discussão quanto ao aborto foi ampliada. O embate entre a Igreja Católica e o movimento feminista também aumentou, sendo que, na década de 90, a Bancada conservadora do Congresso Nacional intensificou sua mobilização pela defesa da vida. De outra banda, outros atores sociais se aliaram ao feminismo, dentre estes juízes, profissionais da saúde e suas entidades, bem como, parlamentares e advogados²⁴.

Todos os movimentos iniciados com o propósito de mudança na lei, uns com o cunho de ampliação dos permissivos legais, já outros pleiteando a descriminalização de todas as formas de aborto, não obtiveram êxito em seus propósitos. Mas não se pode deixar de ressaltar que houve um grande avanço no que diz respeito aos direitos à saúde sexual e reprodutiva da mulher²⁵.

A partir do ano de 2000 até os dias de hoje, a luta e o número de projetos para que houvesse alguma mudança na atual legislação, aumentaram demasiadamente para ambos os lados. O Brasil possui duas posições completamente divergentes quanto à prática do aborto, o que dificulta a discussão tanto em âmbito político como social. Contudo claro está que devemos assumir uma posição mais contemporânea quanto ao tema, tendo-se em vista que o nosso Código Penal é de 1940, e socialmente falando, o país passou por diversas modificações que não foram refletidas na atual legislação, o que a torna retrógrada e pulsante por mudanças.

1.2 Do tratamento legal e jurisprudencial do aborto no Brasil

O Código Penal brasileiro apresenta nos dispositivos 124 a 128 as hipóteses em que ocorre o aborto, demarcando quais são as suas figuras delitivas e os seus permissivos legais. Ocorre que o atual Códex não define propriamente o que é o aborto, utilizando-se de uma fórmula que, segundo Aníbal Bruno, é indeterminada, qual seja “provocar aborto”, para definir o tipo penal, necessitando-se assim de uma valoração extrajurídica através da jurisprudência e da doutrina para fixar-se um sentido²⁶.

²⁴ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização...*, p. 128 e 131.

²⁵ MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização...*, p. 33.

²⁶ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.p.160.

Segundo entendimento doutrinário, aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte da vida intrauterina, sendo que a expulsão do feto não é imperiosa para a configuração do delito, pois se ocorrer, por exemplo, um processo de autólise²⁷, o produto da concepção pode ser reabsorvido pelo organismo materno. Ademais, ressalta-se que o pressuposto para o delito de aborto é a prova de que o feto encontrava-se vivo no ventre materno quando da veiculação das práticas abortivas e que sua morte ocorreu em razão direta das mesmas do contrário, configurar-se-á crime impossível por absoluta improbidade do objeto²⁸.

O objeto material do delito de aborto é o produto da concepção, observando-se que o Código Penal não define se a proteção jurídica inicia-se com o óvulo fecundado, com o embrião, ou ainda com o feto, denotando-se desta posição que não importa a fase de desenvolvimento, o produto da concepção deverá ser tutelado em todas elas indistintamente²⁹. Diante disso, observa-se que, para haver a configuração do presente delito, a ação deve ocorrer entre a concepção e o início do parto. Se a supressão da vida ocorrer após o início do parto, configura o crime de homicídio ou infanticídio, conforme cada caso concreto.

Com isso, o começo da execução do crime de aborto, ou conforme preleciona Fernando Capez, “quando a conduta típica começa a ser realizada e o fato se torna penalmente relevante, verifica-se no exato instante em que começa o ataque ao bem jurídico vida intrauterina”. Por conseguinte, continua o autor, a consumação ocorre com a efetiva interrupção do processo gestacional, diante de que o aborto é crime material, exigindo, além da conduta, o resultado tipicamente previsto no Código Penal. A comprovação de sua existência ocorre através do resultado do exame de corpo de delito direto, que pode ser suprimido, quando não for possível realizá-lo, pela prova testemunhal ou documental, mas nunca somente pela palavra da gestante³⁰.

O aborto admite a modalidade tentada, em razão de tratar-se de crime material, e ocorre quando as manobras abortivas realizadas pelo agente, por fatores que não dependeram

²⁷ “A autólise ou citólise é o processo pelo qual uma célula se autodestrói espontaneamente. É incomum em organismos adultos e normalmente ocorre em células danificadas ou em tecido que foi lesionado. Na autólise, uma instabilidade da membrana lisossômica causada por fatores físicos e/ou químicos promove a ruptura da mesma, levando ao "derrame" enzimático que irá promover a digestão da parte orgânica da célula e, consequentemente, destruição dessa”. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Aut%C3%B3lise> Acesso em 30.04.14

²⁸ PRADO Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...*, p. 96.

²⁹ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. vol. 2 – parte especial. 4. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Método. 2008.p. 69.

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. vol. 2 – parte especial. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.p.148.

de sua vontade, acabaram por não interromper a gestação. Se tais manobras apenas aceleram o parto, sobrevivendo o feto, também caracteriza-se a tentativa³¹. Ademais, ele é progressivo (passa necessariamente por uma lesão corporal), instantâneo (a consumação não se prolonga no tempo), plurissubsistente (vários atos integram a conduta) e de forma livre, podendo ser provocado por qualquer meio, comissivo ou omissivo³².

O tipo subjetivo é o dolo, sendo assim o agente deve ter consciência e vontade de ocasionar a morte do produto da concepção. Admite-se o dolo direto – quando o agente realiza as manobras abortivas com o fim precípua de ocasionar a morte do feto – e o dolo eventual – sendo que este agente, embora não queira especificadamente a morte do feto como resultado de sua conduta, a aceita como possível ou até provável³³.

O aborto é crime de ação penal pública incondicionada e, por se tratar de delito doloso contra a vida, o devido processo legal correrá no Tribunal do Júri.

O Código Penal Brasileiro elencou algumas hipóteses em que a supressão da vida intrauterina configura ilícito penal, bem como definiu os permissivos legais, dos quais excluiu a ilicitude. Passemos ao seu estudo.

1.2.1 Auto-aborto e aborto consentido

O artigo 124³⁴ do Código Penal abriga duas formas de aborto criminoso: o auto-aborto e o aborto praticado com o consentimento da gestante, sendo que, para ambas as formas, são cominadas pena de 01 a 03 anos de detenção, possibilitando-se ao *Parquet* o oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo, se preenchidos todos os requisitos contidos no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Trata-se de crime que somente pode ser praticado pela gestante, não admitindo co-autoria, tratando-se assim de crime denominado de mão própria³⁵.

³¹ ISHIDA, Válder Kenji. *Curso de Direito Penal*. 2. ed – parte geral e especial. São Paulo: Editora Atlas. 2010.p. 265.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed, rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007p. 566.

³³ PRADO Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...*, p. 99.

³⁴ Art. 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”. BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em 1º de maio de 2014.

³⁵ COGAM, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. *Abortamento: breves considerações à luz da dignidade da pessoa humana*. Revista Imes do direito. v 9, n 15. São Caetano do Sul, jul./dez. 2008.p.14.

Na primeira conduta típica prevista no referido artigo, é a própria gestante que, através de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos, provoca em si mesma a interrupção da gravidez. Admite-se a participação de terceiro, mas a ação deste deve ser acessória, limitando-se a instigar, induzir ou auxiliar a gestante a realizar o auto-aborto, ou consentir que terceiro o realize. Se ultrapassar estes limites, intervindo nos atos executórios, incorrerá na sanção prevista no art. 126 do CP – aborto praticado com o consentimento da gestante – e não como coautor³⁶.

A segunda conduta típica, prevista na segunda parte do art. 124 do CP, a gestante consente que nela se pratique o abortamento com o fim de interromper a gestação, necessitando, no presente caso, do terceiro provocador.

1.2.2 O aborto provocado sem o consentimento da gestante

Essa modalidade de aborto, também conhecida como aborto sofrido, segundo Rogério Sanches Cunha, “(...) é a forma mais grave do crime”, sendo inafiançável³⁷. O aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante é tipificado no art. 125³⁸ do Código Penal, e tem pena cominada de 03 a 10 anos de reclusão, sendo esta a pena mais elevada das modalidades de aborto.

Da redação de seu artigo, extrai-se que a ausência de consentimento é elemento constitutivo essencial do tipo penal. Ainda, verifica-se que pode ocorrer em duas situações: quando o aborto é provocado por terceiro mediante violência, grave ameaça ou fraude, conforme preceitua a segunda parte do parágrafo único do artigo 126 do CP, denominada de dissenso real ou expresso, ou quando a gestante é menor de 14 anos de idade, alienada ou débil mental, já esta denominada de dissenso presumido³⁹, em razão de a menor de idade não possuir ainda um consentimento perfeito, e quanto à alienada ou débil mental devido a sua incapacidade civil, diante de que o seu consentir é eivado de vícios.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte especial 2 – dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 166.

³⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*. v. 3 – parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 38.

³⁸ Art. 125 – “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.” BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em 1º de maio de 2014.

³⁹ DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar Ltda., 2007, p. 374.

No presente caso, o sujeito passivo não é somente o produto da concepção, é também a própria gestante, em razão de que “(...) a agressão foi dirigida contra a sua pessoa, sem o seu consentimento”⁴⁰.

1.2.3 O aborto provocado com o consentimento da gestante

“Provocar aborto com o consentimento da gestante” é o que reza o artigo 126 do Código Penal. No presente caso, a pena cominada é de um a quatro anos de reclusão.

A prévia anuência da gestante para que terceiro efetue manobras abortivas em seu corpo constitui elemento do tipo. O consentimento deve ser expresso ou tácito, desde que seja inequívoco, devendo a mulher grávida ter capacidade para tanto, ou seja, atua juntamente neste caso o disposto no parágrafo único do artigo 126 do CP – idade superior a 14 anos, bem como não ser alienada ou possuir debilidade mental⁴¹.

Ademais, é necessário que o consentimento da gestante persista do início ao fim da conduta, diante de que, se durante a execução, o consentimento for revogado, o terceiro que prosseguir na manobra incorrerá na prática de aborto sem o consentimento da gestante⁴².

Conforme entendimento doutrinário, o aborto com o qual a gestante consente, constitui exceção à teoria monística adotada pelo Código Penal, prevista em seu art. 29, e aduz que quem concorre para a prática de alguma infração penal incide nas sanções a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, havendo uma dosagem de pena de acordo com a participação e eficácia causal de cada conduta⁴³. Diante disso, essa exceção fundamenta-se “(...) no desnível do grau de reprovabilidade que a conduta da gestante que consente no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido”⁴⁴.

Dessa forma, é possível concluir que o agente que provocar aborto na gestante, munido de seu consentimento, será enquadrado como autor do delito do artigo 126 do CP, e não como partícipe da ação do artigo 124 do CP, inculcando assim a mesma sanção penal

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*..., p. 568.

⁴¹ ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Belém: Unama, 1999. p. 210.

⁴² SALGE, Cláudia Aparecida. *Aspectos criminais do aborto*. Revista Jurídica UNIJUS. v 08, n 9. Uberaba, novembro de 2005. p. 227.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, p. 166/167

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 437.

mais gravosa (reclusão de um a quatro anos), do que àquela que consente que em si se provoque o aborto (detenção de um a três anos).

1.2.4 Forma majorada

No artigo 127⁴⁵ do Código Penal, encontram-se previstas duas hipóteses de aumento de pena para o delito de aborto: a) ocorrendo lesão corporal de natureza grave na gestante, a pena é elevada em um terço; b) sobrevindo a sua morte, a pena é duplicada.

Ambas são impropriamente chamadas de formas qualificadas, uma vez que constituem, na verdade, majorantes, diante de que as qualificadoras compõem verdadeiros tipos penais, posto que fixam novos limites mínimo e máximo às penas, ao contrário das majorantes, que apenas estabelecem a variação da pena, incidindo na terceira fase da aplicação da pena⁴⁶.

A aplicação do art. 127 do CP é restrita, quer dizer, somente se aplica as majorantes às hipóteses dos arts. 125 e 126, pois o autoaborto e o aborto consentido, não há a punição pela autolesão, não admitindo assim a qualificação pelo resultado⁴⁷.

Ademais, conforme Luiz Regis Prado, “não se aplica a causa de pena prevista na primeira parte do artigo 127 se a lesão grave produzida é consequência normal da intervenção abortiva realizada”⁴⁸. Diante disso, a lesão deve ter sido efetivamente grave e extraordinária, diante de que certas lesões são inerentes a um procedimento abortivo.

As majorantes previstas no artigo 127 do CP são exclusivamente preterdolosas, em razão de que, nestes casos, pune-se o aborto na modalidade dolosa (o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo), e o resultado agravador, que pode ser a lesão corporal grave ou a morte da gestante, a título de culpa. Ocorre que, se o terceiro tinha dolo na

⁴⁵ Art. 127 – “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”. BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 1º de maio de 2014.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, p.156.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal...*, p. 569.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de ...*, p.104.

causação do aborto e do resultado mais grave, este deverá incorrer em concurso de crimes aborto e lesão corporal de natureza grave ou homicídio⁴⁹.

Por fim, cumpre ressaltar que se o aborto não se consumar, a incidência da majoração da pena é efetivada, quando verificado o resultado de lesão corporal grave ou morte da gestante e que este seja decorrente das manobras abortivas. Esta interpretação decorre do próprio texto da lei, quando determina o acréscimo quando o resultado agravador ocorra “em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo”⁵⁰.

1.2.5 Aborto necessário e humanitário: excludentes de ilicitude

O dispositivo 128⁵¹ do Código Penal prevê duas espécies de aborto legal, que excluem a ilicitude da conduta: o aborto necessário (ou terapêutico) e o aborto sentimental (ou humanitário ou ético), não sendo possível punir o agente, quando inserido em um destes dois contextos.

O aborto necessário está previsto no inciso primeiro do artigo em questão, caracterizando-se como o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, para o mesmo ser reconhecido, deve preencher três requisitos, quais sejam: o aborto deve ser realizado por um médico, deve estar caracterizado o perigo de vida da gestante e a impossibilidade do uso de outro meio para salvá-la⁵².

Quanto ao primeiro requisito, se não houver um médico para realizar a interrupção da gravidez, sendo necessária a realização por uma pessoa sem habilitação profissional, diante da urgência em salvar a vida da gestante, esta pessoa poderá realizar o procedimento abortivo, pois estará acobertada pela excludente do estado de necessidade, conforme artigo 24⁵³ do Código Penal⁵⁴.

⁴⁹ MASSON, Cleber. *Direito Penal...*, p. 78.

⁵⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal...*, p. 39.

⁵¹ Art. 128 – “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso 1º de maio de 2014.

⁵² DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal...*, p. 375.

⁵³ Art. 24 – “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro

Em razão do conflito entre os dois bens jurídicos, a vida da gestante e a vida do feto, optou o legislador por preservar a vida da mãe, por se tratar de pessoa completamente formada, abrindo mão da mera probabilidade de sobrevivência do feto, diante de que este com pouca probabilidade sobreviveria sem a gestante. Não necessita ser atual o perigo⁵⁵.

Fundando-se tal assertiva no estado de necessidade, segundo Zaffaroni e Pierangeli, neste “(...) se faz necessário um meio lesivo para evitar um mal maior”, devendo-se diante disso realizar uma ponderação destes males – o que se causa e o que se evita – devendo ser maior o que se quer evitar⁵⁶.

O perigo de vida à gestante referido não é apenas um perigo a sua saúde ou higiene, devendo ser deveras grave e sendo identificada outra maneira para salvaguardar a vida da gestante, o médico deverá optar por este outro meio, devendo assim a interrupção da gravidez ser a última opção. Por fim, entende-se que não há necessidade do consentimento da gestante e de sua família para a realização do aborto, bastando o médico entender ser necessária a intervenção na gestação⁵⁷.

A seu turno, o aborto humanitário, resta capitulado no inciso II, do artigo 128 do CP, sendo que se leva em conta para a sua autorização que a gravidez foi resultante de estupro. Para caracterizar esta causa de exclusão da ilicitude, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos: ser praticado por médico, gravidez consequente de estupro e consentimento válido da gestante ou de seu responsável legal, se for incapaz⁵⁸.

Neste caso, o procedimento deve ser realizado por um médico, pois se praticado por uma pessoa sem habilitação legal, haverá crime, não havendo para o presente caso nenhuma causa legal de justificação⁵⁹.

Como segundo requisito, é obrigatório que a gestante, ou o seu representante legal, consinta na conduta do médico. A lei não exige autorização judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro, restando a intervenção a critério do médico tornando ao

de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 02 de maio de 2014.

⁵⁴ DELMANTO, Celso. *op. cit.*, p. 375.

⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pimentel. São Paulo: RT, 1992.p. 12 *apud* MASSON, Cleber. *Direito Penal...*, p. 80.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Rául; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 01 – parte geral. 7. ed. ver .atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁷ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. V. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.311.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado...*, p. 571.

⁵⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal...*, p. 40.

mesmo possível atuar calcado em elementos idôneos e sérios de convicção, como, por exemplo, boletim de ocorrência, declarações testemunhais, no caso de gravidez decorrente de estupro de vulnerável a prova da realização da conjunção carnal e etc. Entretanto, havendo erro acerca da situação fática que justifica a intervenção do médico, no caso de induzimento na crença de que houve estupro, veiculado pela gestante ou terceiro, constitui erro de tipo permissivo, o qual exclui o dolo e a culpa no caso de ser inevitável⁶⁰.

1.2.6 A questão dos fetos anencéfalos

O Supremo Tribunal Federal, no dia 11 de abril de 2012, julgou em Plenário procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, todos do Código Penal.

Assim, antes de desmembrar tal decisão, importa expor a definição científica de anencefalia:

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). (...) A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com essa disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um *cerebrum* (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. (...) A causa da anencefalia é desconhecida^{61 62}.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de...*, p. 159-160.

⁶¹ “Anencephaly is a neural tube defect (a disorder involving incomplete development of the brain, spinal cord, and/or their protective coverings). (...). Anencephaly occurs when the "cephalic" or head end of the neural tube fails to close, resulting in the absence of a major portion of the brain, skull, and scalp. Infants with this disorder are born without both a forebrain (the front part of the brain) and a cerebrum (the thinking and coordinating area of the brain). The remaining brain tissue is often exposed--not covered by bone or skin. The infant is usually blind, deaf, unconscious, and unable to feel pain. (...). The cause of anencephaly is unknown”.

⁶² NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE. *Anencephaly Information*. Disponível em < <http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>>. Acesso em 08 de maio de 2014.

O Conselho Federal de Medicina considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral, em razão de não possuir os hemisférios cerebrais e o córtex cerebral, mas somente o tronco. Com a evolução da tecnologia e da ciência médica, é possível identificar um feto nestas condições antes que seja realizado o seu parto⁶³.

Diante disso, uma relevante parcela do Poder Judiciário Brasileiro, antes do julgamento da ADPF nº 54, já havia autorizado a prática do aborto exclusivamente por médico em aproximadamente três mil casos até o ano de 2005, quando fosse identificada a incompatibilidade com a vida⁶⁴.

No voto proferido pelo relator da ADPF nº 54, o Ministro Marco Aurélio, utilizando-se das informações obtidas em audiência pública, afirmou que a anencefalia é uma doença congênita fatal, não havendo possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica posteriormente, sendo que o feto “nunca se tornará uma pessoa”, e mesmo respirando e tendo batimentos cardíacos, ele está efetivamente morto, tendo como diagnóstico morte cerebral⁶⁵.

Desse entendimento prático-científico se aproxima Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que quando identificada a condição de anencefalia do feto “(...) não se cuida de ‘vida’ própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica”. Assim, observa-se a total impossibilidade de vida autônoma deste feto⁶⁶.

Um argumento utilizado por quem acredita não ser possível permitir no Brasil a realização do aborto em fetos anencéfalos, é que se realizado tal procedimento, impossibilitar-se-ia a doação de seus órgãos. Ocorre que, como bem argumentado pelo Ministro Marco Aurélio, não se pode obrigar a gestante a manter uma gravidez tão somente para viabilizar a doação dos órgãos do feto “(...) sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, sua dignidade”.⁶⁷

Com relação à proteção do feto, observa-se que o direito à vida não é absoluto⁶⁸, sendo que a “(...) vida tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento, a ponto de o feto

⁶³ MASSON, Cleber. *Direito Penal...*, p. 85.

⁶⁴ FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de gravidez de feto anencéfalo: uma análise constitucional. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.111.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Questão de Ordem* - Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator Marco Aurélio, Brasília, 11 de abril de 2012. Disponível em < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em 08 de maio de 2014.p.44/46.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal...*, p. 573.

⁶⁷ BRASIL, *op. cit.*, p. 51-52

⁶⁸ BRASIL, *op. cit.*, p. 59.

saudável não ser protegido contra a liberdade da mulher em caso de estupro”⁶⁹. Deve ser acrescentado a isso, o fato de que para a proteção da vida do feto, o Estado acaba tendo que ferir a liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, como também a sua dignidade humana. Quando esses pontos são confrontados com o caso de fetos anencéfalos, “(...) não se sabe ao certo se este direito está realmente em jogo”, não havendo como sobrepor este aos direitos previstos à gestante, pois “(...) não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídico”⁷⁰.

Vale transpor um trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal⁷¹.

Diante disso, o Estado não pode impor que a mulher mantenha a gestação de um feto que se tem o conhecimento que irá nascer morto, ou morrer instantes após a realização do parto, diante de que lhe estará impondo uma tortura física e psicológica. O direito deve permitir à mulher a liberdade de escolha e que tenha respeitada sua vontade quanto a dar prosseguimento ou não à gestação, respeitando os princípios da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher. Os direitos reprodutivos da mulher, conforme o Supremo “(...) são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que (...), cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício”⁷².

Cumprir referir apenas com a intenção de não gerar dúvidas que, por meio desta decisão, o Supremo Tribunal Federal não criou uma nova norma jurídica ao autorizar a realização do aborto quando constatado que o feto é anencéfalo, pois primeiramente, conforme Luiz Flávio Gomes, “(...) o Judiciário não pode, por força da tradicional teoria da tripartição de poderes (Montesquieu)” criar uma norma jurídica. No presente caso, não se

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento...*, p. 132.

⁷⁰ BRASIL. *op. cit.*, p. 150.

⁷¹ BRASIL, *op. cit.*, p. 149.

⁷² BRASIL, *op. cit.*, p. 150.

requereu do STF que legislasse e sim, que decidisse, conforme os princípios e normas instituídos na Carta Magna se a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é “(...) um fato adequado ao tipo penal do aborto. É uma questão de tipicidade penal, não de ‘ativismo judicial’”⁷³.

1.3 O bem jurídico tutelado penalmente

O presente subcapítulo procurará trazer à tona como ocorre o processo de formação do bem jurídico, o conceituando, dentro dos paradigmas não contestáveis da doutrina, e como ocorre a constituição deste, enquanto norma jurídica. Após, analisar-se-á o bem jurídico protegido no delito de aborto, previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

O direito, para Gianpolo Poggio Smanio além de ser dinâmico, configura-se “(...) um sistema aberto e não fechado. Assim, a dificuldade da conceituação do bem jurídico deve ser vista não como uma impossibilidade, mas como decorrência da própria natureza do Direito”. Diante disso, justifica-se que, em decorrência da dinamicidade do bem jurídico, decorre-se a dificuldade de sua conceituação, pois este deve estar “(...) aberto às mudanças sociais e ao avanço científico” de cada sociedade⁷⁴.

Com efeito, o direito penal ocupa no âmbito do ordenamento jurídico – e em relação ao Estado – o papel de expressão fragmentária da ordem de valores, seja em face da oscilação proporcionada à estrutura relacional de cuidado-de-perigo, bem como das gravosas consequências jurídicas que tem a seu juízo (penas e medidas de segurança). A noção de *limite* lhe é muito cara, na medida em que diz respeito à sua própria *identidade* perante o Estado, de acordo com o seu espaço na esfera do poder, condicionado a uma natureza fragmentária e subsidiária de tutela, um legítimo instrumento de *ultima ratio*⁷⁵.

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material*. Revista dos Tribunais. v. 854. Dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000145de390abf0e0d40d7&docguid=I4d21ae90f25111dfab6f01000000000&hitguid=I4d21ae90f25111dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=910&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 08 de maio de 2014.

⁷⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Bem Jurídico e a Constituição Federal*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.v.1, nº 1. Porto Alegre, ago/set 2004.p.81.

⁷⁵ BRAGA, Vinícius Gil. *Aborto, Bem Jurídico e Política Criminal: reflexões acerca da legitimidade da intervenção penal no direito brasileiro*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2007.p. 50/51.

Segundo André Mauro Lacerda Azevedo, o bem jurídico pode ser conceituado de duas maneiras: a primeira seria a partir de seu ‘aspecto dogmático’ e a segunda, quanto a sua dimensão ‘político-criminal’. Partindo desta divisão, quando o bem jurídico é analisado sobre o ponto de vista dogmático, tem-se que qualquer norma penal resguardará algum bem jurídico. Ocorre que essa primeira conceituação é deveras genérica, não havendo como legitimá-la dentro do direito penal democrático, pois há uma “(...) ausência de tutela de valores mínimos essenciais à vida digna, do alto grau de abstração e, finalmente, da sua flagrante imprecisão”⁷⁶.

O conceito político-criminal de bem jurídico tem como referência a Constituição. Com isso, a sua conceituação deve levar em conta fatores, tais como a própria norma penal e os interesses ético-sociais.

Primeiramente, para a formação de um bem jurídico, deve-se realizar uma análise positiva “(...) de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. Estes bens representam valores essenciais ao indivíduo e à comunidade”⁷⁷. Contudo, em razão destes bens não possuírem força coercitiva, acabam por não conseguirem proteger os interesses societários por si só. Com isso, surge a necessidade da intervenção penal que tem a intenção de “ (...) complementação da proteção da unidade sociocultural de uma determinada sociedade”⁷⁸.

A intervenção penal referida vem constituída através da norma penal. Essa, conforme Luiz Flávio Gomes é tanto valorativa como imperativa, configurando a denominada concepção mista da norma penal. Isto significa dizer que a norma existe para tutelar bens e interesses relevantes na sociedade, acabando por ser valorada de forma positiva e jurídica pelo legislador. Importante ressaltar que a conduta delituosa, nas palavras do citado doutrinador, somente “(...) alcança o núcleo de garantia e proteção da norma, quando expressa um bem ou interesse jurídico, é que se pode falar de um fato penalmente relevante”⁷⁹.

⁷⁶ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini. *O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado. 2013.p. 21.

⁷⁷ TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2006.p.70. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=602>. Acesso em 07 de maio de 2014.

⁷⁸ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini *op. cit.*, p. 23.

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p. 17 e 18.

Consoante a teoria constitucionalista eclética ou intermediária, a atividade estatal de punir e o âmbito de ação do legislador infraconstitucional devem ser limitados. Conforme acima delineado, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal preexiste à norma. Ocorre que este se deduz diretamente da Constituição. Diante disso, observa-se que a Carta Magna traz em seu corpo de normas diretrizes e valores que limitam a atuação penal no que tange à incriminação ou não de condutas⁸⁰.

Aqui importa inferir que o legislador não está condicionado a tutelar penalmente todos os bens jurídicos constantes na Constituição, pois deve ser fragmentário em sua escolha, optando somente pelos valores constitucionais mais relevantes. Assim, conforme Smanio, “(...) o legislador penal não pode estar limitado ao conteúdo axiológico-constitucional para o reconhecimento de bens jurídicos penais”. Posto isso, observa-se que a Constituição traz uma limitação e não, uma imposição de valores a serem preservados, estabelecendo os princípios normativos que devem nortear o legislador ao escolher os bens jurídicos penais⁸¹.

Neste sentido, Dolcini e Marinucci concluem em seus estudos que a Constituição não pode impor ao legislador ordinário um limite geral na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados penalmente⁸². Mas, por outro lado, afirmam que:

(...) Deve de fato ser notado que a relevância constitucional de um bem é um seguro indicativo da sua importância e, portanto um dos dois pressupostos primordiais do recurso a pena: o merecimento da tutela penal. Importantes, e, portanto merecedores de tutela penal, podem ser, como se sabe, também os bens não mencionados, nem sequer indiretamente, na constituição: todos os bens constitucionalmente relevantes são contudo incontestavelmente merecedores de tutela penal^{83 84}.

Outro doutrinador italiano que comenta sobre o *Strafwürdigkeit* - merecimento da pena - é Giovanni Fiandaca. Este estabelece, primeiramente, uma conexão entre bem jurídico-penal e a Constituição, reconhecendo a importância constitucional em estabelecer uma diretriz

⁸⁰ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *O processo de criminalização: Perspectiva Interdisciplinar A cerca das Ciências Criminais na Sociedade Complexa*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2003.p.234/236.

⁸¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Bem Jurídico e a Constituição Federal.*, p. 84.

⁸² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituzione e politica dei bene giuridici*, 1994.p.349.

⁸³ “(...) Va infatti sottolineato che la rilevanza costituzionale di un bene è un sicuro índice della sua importanza e quindi si uno dei due pressuposti primordiali del ricorso alla pena: la meritevolezza della tutela penale. Importanti, e quindi meritevoli di tutela penale, possono essere, come si sa, anche i beni non menzionati, neppure indirettamente, nella Costituzione: tutti i beni costituzionalmente rilevanti sono però incontestabilmente meritevoli di tutela penale”.

⁸⁴ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *op. cit.*, p. 368.

à escolha de bens jurídicos. Entretanto, tem o conhecimento que o legislador ordinário não está obrigado a criar tipos penais que protejam bens constitucionalmente relevantes⁸⁵.

Diante disso, o merecimento da pena segundo Fiandaca quer dizer que a tutela penal não pode proteger qualquer bem jurídico ferido, somente o pode quando a agressão sofrida for em um nível tão grave que resulta intolerável. Assim, ele reafirma a ideia de que a pena é a arma mais forte que o Estado possui para limitar a liberdade dos cidadãos. Diante disso, apenas se legitima sua utilização quando verificado que o comportamento em que se deseja penalizar é realmente suscetível de colocar em perigo o bem em que se quer proteger, devendo-se mensurar se ao utilizar-se a tutela penal, esta será mais danosa que útil. Com isso deve ser comprovada a nocividade social⁸⁶.

O professor Luís Greco, ao definir o conceito político-criminal de bem jurídico, perpassa por diversas questões núbias até finalmente expor o conceito em si. Dentre essas questões, destaca-se o problema da demarcação, onde Greco afirma que o bem jurídico penalmente protegido deve possuir relevância fundamental, não se podendo acolher todos os valores tutelados constitucionalmente na norma penal. Quanto à relação específica com a Constituição, deve ser realizada compatibilizando-se com os princípios, e não com o texto expresso da Carta Magna. Quanto à questão do problema do portador, Greco assume a posição dualista do bem jurídico “(...) para a qual bem jurídico individual e coletivo são entidades autônomas, nem sempre sendo possível referir o interesse coletivo ao individual ou vice-versa”. Assim, o autor acredita que, por bem jurídico, deve-se entender “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”⁸⁷.

Por sua vez, Figueiredo Dias define bem jurídico “como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”, reconhece a impossibilidade de, através do conceito de bem jurídico, determinar legitimamente o que “pode ou não pode ser criminalizado”⁸⁸.

⁸⁵ FIANDACA, Giovanni. *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. v. 25. Milão 1982.p.60.

⁸⁶ FIANDACA, Giovanni. *op. cit.*, p.74 e 77.

⁸⁷ GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal*. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. v. 2. nº03. Cuiabá, jul/dez.2007.p.254/256.

⁸⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 63 *apud* TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico...*, p. 74.

Em vista disso, tem-se que a norma penal protege a sociedade de comportamentos lesivos aos bens jurídicos protegidos e que concretamente tenham sofrido lesão ou perigo. Quanto ao legislador, cabe a este formular a tipificação da conduta delituosa, devendo estar constantemente atento à limitação da repressão penal, tendo-se em vista ser o Direito Penal a forma mais severa das intervenções.

Uma das principais consequências da proteção de bens jurídicos é a impossibilidade de legitimar uma proibição aludindo à simples imoralidade do comportamento proibido. A moral, delimitando o que é certo e o que é errado, está estritamente ligada com a religião. Diante disso, a Constituição Federal de 1988, ao constituir um Estado Democrático de Direito, preocupou-se em estruturá-lo como um Estado laico e secular, apregoando a separação total entre Direito e a Igreja, bem como a liberdade de religião e o comprometimento com a realização dos direitos fundamentais⁸⁹.

Diante disso, o Estado, de um lado, não pode intervir em assuntos religiosos, pois estes pertencem à esfera privada dos indivíduos, e por outro lado, impede que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Nesse sentido:

Portanto é imperativo, não só sob o prisma ético, como também sob a perspectiva jurídico-constitucional, que os atos estatais, como as leis, medidas administrativas e decisões judiciais, baseiem-se em argumentos que possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirania da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia⁹⁰.

A moralidade e os costumes, conforme Luís Greco, “não são mais do que o lado inverso da conformidade a certos padrões de comportamento, ou seja, referem-se à ação, e não a algo que possa se relacionar ao desvalor do resultado; eles se tratam, portanto, de meros bens jurídicos aparentes”⁹¹. Diante disso, o legislador ao tipificar uma nova conduta, não pode fazer simplesmente baseado na imoralidade desta, como também, o Estado não pode tomar suas decisões vinculadas à religião.

Os dispositivos que tratam do aborto como conduta punível estão inseridos no capítulo I do título I da Parte Especial do Código Penal de 1940, que cuida dos crimes contra a vida.

⁸⁹ MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do...*, p. 59.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 26

⁹¹ GRECO, Luís. *Breves reflexões...*, p. 260.

Consoante Damásio de Jesus, “a formação da objetividade jurídica do crime do aborto não deve ser desprezada, uma vez que é relevante no estudo de sua natureza e punibilidade”⁹².

O aborto, como delito, lesiona um bem jurídico individual, qual seja, a vida humana em formação, não tendo o legislador feito qualquer distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto. Diante disso, desde a concepção, inicia-se a tutela jurídica penal. Se em qualquer momento da gestação houver voluntariamente a interrupção do processo normal de gravidez, será considerado cometido o delito de aborto⁹³.

O direito à vida, assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal é inviolável, e não compreende exclusivamente a vida humana independente, mas também a vida em formação, a vida intrauterina.

Quando o aborto é provocado por terceiro, tutela-se também a incolumidade física e psíquica da gestante, além da vida intrauterina. Para Luis Regis Prado somente é possível observar “(...) a liberdade ou a integridade pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125 CP), ou qualificado pelo resultado (art. 127 CP)”⁹⁴.

O penalista Claus Roxin reconhece a vida intrauterina como um bem juridicamente tutelado, mas ressalta que esta vida não pode ser igualada por completo a vida extrauterina, pois aquela ainda está em processo de formação, já a da gestante está completa. Assim, o referido autor expõe um conflito entre dois bens jurídicos, afirmando que não pode haver a sobreposição do direito à vida intrauterina sobre os direitos das mulheres, pois não é absoluto, devendo haver uma ponderação entre ambos⁹⁵.

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem elencado os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal. Estes devem estar concatenados com os valores sociais de cada época. O que deve ser analisado no caso do aborto é se os valores tutelados penalmente necessitam ser protegidos pelo Direito Penal, uma vez que existem à disposição

⁹² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - parte especial* –v. 2. 16. ed. rev.atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 102.

⁹³ SANTOS, Lycurgo de Castro. *Direito Penal e aborto*. Revista dos Tribunais. v. 712. Fevereiro de 1995. s/p. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad8181600000145dc10d66f3ba76d02&docguid=I590046a0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I590046a0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=910&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 08 de maio de 2014.

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, p. 94.

⁹⁵ ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. s/p. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134>. Acesso em 15 de novembro de 2013.

do legislador, outros meios mais eficazes e menos lesivos para a proteção do produto da concepção. Importa igualmente ponderar o conflito com os direitos da gestante, que acabam com a criminalização do aborto por serem sacrificados, o que não poderia ocorrer tendo em vista também ser este um valor fundamental em pé de igualdade com a vida.

Por fim, a não observância do princípio da laicidade do Estado, tem violado os direitos das mulheres no campo da sexualidade, muitas vezes, negando a sua privacidade e autodeterminação, ocasionando assim um tratamento discriminatório com relação ao disposto na Carta Magna⁹⁶, em razão de ter-se em mente ser um ato imoral permitir que a mulher tenha plena liberdade quanto a sua sexualidade.

⁹⁶ BARSTED, Leila Linhares. *Direitos Humanos e Descriminalização do Aborto*. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 100.

2 OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO SOBRE UM PONTO DE VISTA CRIMINOLÓGICO

O Estado Social deve estar constantemente concatenado com as necessidades da sociedade. Em outras palavras, o direito, abrangendo todas as suas ramificações, deve estar sincronizado com as inevitáveis mudanças societárias, com fim de poder dar guarida, proteção e assistência a quem lhe recorrer.

Como pôde se depreender do capítulo anterior, o Direito Penal tem como função precípua a tutela dos valores essenciais em sociedade, estes denominados de bens jurídicos fundamentais. Os bens que entrarão no rol de proteção da tutela penal são determinados, segundo Antônio Manuel de Almeida Costa, primeiramente pela sua dimensão axiológica, o que significa dizer pelo grau de importância para a convivência comunitária e para a livre realização da pessoa como também são definidos com relação a sua dimensão pragmática ou utilitarista, que prega necessitar ser o direito penal meio imprescindível para a preservação de determinado bem⁹⁷.

O sistema penal brasileiro, desde a sua composição, e a cada modificação, busca aproximar-se e atingir a democracia. Ocorre que, justamente por estar vulnerável a uma mutação social, Zaffaroni afirma que a democracia que deve-se buscar deve ser participativa, e não somente representativa, no sentido de “(...) participação ativa também nos grupos básicos de nossas sociedades”. Continua o ilustre penalista afirmando que, para chegar à obstinada democracia, deve-se ter uma “criminologia através da ação social, uma criminologia que nos limites epistemológicos, do saber, do conhecimento, possa abarcar o sistema penal mesmo, o aparelho do sistema penal, o conjunto das agências do sistema penal”. Assim, teremos que ter uma criminologia crítica, fazendo uma análise de nossos sistemas penais e da realidade de controle social⁹⁸.

Essa democracia participativa tem razão de ser, pois, em nossa atual realidade societária, vive-se um expressivo aumento da violência em todos os meios sociais, que acaba por produzir uma insegurança que atinge todos os indivíduos.⁹⁹ Em decorrência disto, a

⁹⁷ COSTA, Antônio Manuel de Almeida. *Aborto e Direito Penal: Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez*. Lisboa: Ordem Dos Advogados, 1984. p. 53.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Função da criminologia nas sociedades democráticas*. Fascículos de Ciências Penais. Ano 2. Vol. 2. N. 11. Novembro de 1989. p. 166 e 171

⁹⁹ DARGÊL. Alexandre Ayub. *Princípio da lesividade, garantismo e direito penal mínimo*. Revista de Estudos Crimiánsi, Porto Alegre, v. 1, n 2, 2001, p. 104.

população clama por soluções, sendo que esta pressão societária acaba por deflagrar por parte do Poder Legislativo, uma edição descriteriosa de leis penais, passando o Direito Penal a ser vítima de um processo de inflação¹⁰⁰.

Diante disso, resta clara a necessidade de moderação, por parte do legislador, no momento em que opta por criminalizar uma conduta. Isso também se deve em decorrência do nosso atual Código Penal, que foi criado através do Decreto nº 2.848 do ano de 1940 e abarca em seus artigos, uma diversidade de tipificações criminais. Insta ressaltar que, desde a sua criação, já lhe foi acrescido uma vultosa série de leis prevendo a ilicitudes de distintas condutas, sendo que nem todas estas são necessárias quando vistas sob a realidade social¹⁰¹. Isto apenas acaba induzindo a população a acreditar que o problema encontra-se resolvido se houver mais tipos penais, criminalizando condutas que os afetam, mas o que, na verdade ocorre, é uma desvalorização da pena.

Nesse tocante:

A complexidade e variabilidade das situações que devem ser regulamentadas fazem com que a produção normativa, não obstante a sua quantidade aluvial, esteja constantemente em atraso relativamente à evolução dos temas a regular: é fragmentária, frequentemente contraditória e, de qualquer sorte, desfocada. Nesse novo mundo, o legislador é cada vez menos soberano, dividindo seu poder com os milhares de sujeitos que têm o poder de interpretar as normas¹⁰².

É nesse ponto que se pretende analisar o direito penal mínimo, infuso no Direito Penal, questionando deste modo suas funções e critérios de abrangência de valores para o seu manto protetional.

Neste mesmo íterim, faz-se necessário analisar este fenômeno legiferante sob o ponto de vista da desnecessidade da criminalização de certas condutas, assim, possibilitando a minimalização do direito penal.¹⁰³ Para isso, importa expor tanto o processo de criminalização, como também o de descriminalização de condutas, que estão diretamente concatenados.

¹⁰⁰ MANZANERA, Luis Rodrigues e MENDES, Nelson Pizzotti. *O enfoque criminológico da descriminalização*. Revista Justitia. Ano XXXVIII. v. 95. São Paulo, 4º Trimestre de 1976. p. 164.

¹⁰¹ SEVERINO, Fernanda Grossi. *Bem Jurídico e Direito Penal: reflexões sobre a criminalização e os seus limites*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.v.14, nº 80. Porto Alegre. jun/jul, 2013. p. 118.

¹⁰² NETO, Eugenio Facchini. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.p.409

¹⁰³ DARGÉL. Alexandre Ayub. *Princípio da lesividade...*, p. 104.

2.1 Direito Penal Mínimo em face dos pressupostos de um Estado Democrático de Direito

Os princípios, segundo José Afonso da Silva, são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, [...], aos quais confluem valores e bens constitucionais”.¹⁰⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.¹⁰⁵

O Estado, somente pode utilizar o Direito Penal para tutelar valores imprescindíveis para a sociedade, não cabendo empregar tal medida para todo e qualquer bem jurídico. Neste âmbito, surge o princípio da intervenção mínima. Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, este princípio “(...) orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”¹⁰⁶.

Também conhecido como *ultima ratio*, o princípio da intervenção mínima encontra-se implícito no texto constitucional, conjuntamente com outros dois princípios, o da subsidiariedade e o da proporcionalidade. Estes três princípios decorrem do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna¹⁰⁷. Apesar disso, fundamental é a observância concatenada dos três referidos princípios no momento da elaboração de um preceito pelo legislador, que deverá estar atento aos limites condicionados pelo direito mínimo.

Nesse sentido, René Ariel Dotti indica que o princípio da intervenção mínima:

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003. p. 92.

¹⁰⁵ CANOTILHO e MOREIRA *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito...*, p. 92.

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.p. 43.

¹⁰⁷ CAVALCANTI, *O processo de criminalização: Perspectiva Interdisciplinar A cerca das Ciências Criminais na Sociedade Complexa*, .p. 273

Visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensas aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão, em termos de dano ou perigo de dano. A aplicação do princípio resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança que a conduz a chamada inflação legislativa¹⁰⁸.

É através do princípio da intervenção mínima, que o cidadão adquire, segundo Edilson Mougenot e Fernando Capez, “a principal proteção política em face do poder punitivo estatal”¹⁰⁹, pois somente poderá ter a sua liberdade restringida se realizar uma das condutas descritas nos diversos tipos penais previstos no Código Penal.

Outra não é a lição de Luiz Luisi, quando informa que o princípio em apreço preconiza que somente se deve criminalizar um fato, se este for o meio indispensável para a proteção de um determinado bem jurídico. Seguindo neste entendimento, o autor salienta que se existirem outras formas de sanção mais eficientes para resguardar esse bem, o legislador não deve optar pela criminalização¹¹⁰.

Assim, quando se afirma que o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos existentes, o princípio em apreço assume seu caráter fragmentário. Isto significa dizer que há uma limitação do sistema penal para somente castigar as ações “(...) mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes”¹¹¹.

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. A fragmentariedade do Direito Penal é uma virtude, pois é

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel, *apud* SANTOS, Mauricio Macedo dos; SEGA, Viviane Amaral. *Análise do Princípio da insignificância após a edição da Lei 9.099/95*. Disponível em < www.ibccrim.com.br>. Acesso em 15 de março de 2014.

¹⁰⁹ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 182.

¹¹⁰ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. rev.aumen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.p. 39.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis *Princípios Fundamentais do Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 15. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000144a3df4619d7750ddc&docguid=I927c32d0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I927c32d0f25111dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=347&ccontext=18&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso 15 de março de 2014.

este princípio que impõe um limite necessário ao totalitarismo da proteção estatal, sendo que este é extremamente prejudicial em sociedade.¹¹²

Segundo Luiz Regis Prado, a intervenção mínima tem como propósito delimitar a ação punitiva do Estado somente para os casos em que não haja outra maneira mais eficiente de assegurar a proteção dos bens e interesses sociais¹¹³.

Diante disto, extrai-se o caráter subsidiário do Direito Penal, uma vez que, conforme preleciona Paulo Queiroz, a tutela penal é “(...) a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos”¹¹⁴. Assim, o Direito Penal somente deve ser aplicado após a verificação de que os outros ramos do direito, com os seus controles específicos, não possuem mais eficácia na conservação dos bens jurídicos. Isso se justifica em vista de não haver motivo para aplicar-se um instrumento punitivo mais grave se há outros meios menos lesivos e mais adequados para proteger a ordem jurídica¹¹⁵.

Corroborando com este pensamento, Nilo Batista explica que a sanção advinda do Estado somente deve ocorrer, quando os outros meios se revelarem ineficientes. Assim, justifica-se a intervenção penal apenas para os bens mais fundamentais à sociedade, que foram elevados ao grau de bem jurídico penal, sendo que os demais valores devem ser protegidos pelos outros ramos do direito¹¹⁶.

Diante disso, deve ser provado, conforme Alessandro Baratta, não somente a idoneidade da resposta penal, mas também deve ser demonstrada a impossibilidade de substituir a intervenção penal por um meio com menos custos sociais¹¹⁷, que não atinja de forma tão violenta o âmbito pessoal, familiar e social de quem pretendesse punir. Diante disso, surge a característica do Direito Penal de último recurso para a defesa dos bens jurídicos.

¹¹² VARELA, Maíra Silveira da Rocha Nowicki. *O princípio constitucional da intervenção penal mínima*. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/312011.pdf>> Acesso em 15 de março de 2014.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.56-60.

¹¹⁴ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. Salvador. JusPodivm. 2013. p. 67-68.

¹¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito...*, p. 19.

¹¹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001. p. 87.

¹¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo per una teoria dei diritti umani come ogetti e limiti della legge penale*. Dei Delitti e delle pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. v. 3, n 3. Bolonha, set e dez de 1985. p. 453.

Com efeito, conforme referido no primeiro capítulo, os bens jurídicos elencados na Carta Constitucional não criam uma obrigação ao legislador de instituir tipos penais para salvaguardar tais bens. Assim explica Dulce Maria Santana Vega:

Obrigação de tutela não equivale a obrigação de tutela penal, porque tal dedução seria contrária a autonomia legislativa, contradiria o princípio da intervenção mínima e implicaria uma fundação retribucionista do direito penal. Em efeito, no direito penal da prevenção não se pode falar de tutela penal somente para um fato que determinado bem possua uma classificação elevadíssima no sistema constitucional: também nessas hipóteses de ofensas graves a bens de grande importância são muitas as considerações que podem se opor a utilização da pena por parte do legislador ordinário^{118 119}.

Para que um crime seja tipificado, deve haver, pelo menos, um perigo concreto a um interesse penalmente protegido, e isso se transmite através do princípio da ofensividade, ou também denominado de princípio da lesividade. Este possui como principais funções: não poder haver a incriminação de uma atitude interna do ser humano (ideias, convicções, desejos e etc.); não incriminar comportamentos que extrapolem a esfera do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e por fim não incriminar hábitos de grupos minoritários, denominadas de condutas desviadas, contanto que essas não atinjam qualquer bem jurídico. Em suma, o Direito Penal só está legitimado a incriminar comportamentos que extrapolem a esfera do próprio autor e que, além disso, atinjam bens de terceiros provocando-lhes lesões¹²⁰.

O doutrinador italiano Vittorio Manes afirma que “a ideia que inspira o princípio da ofensividade é aquela (utilitarista) que vê no Direito Penal um instrumento de proteção de bens jurídicos, e que faz uma contrapartida um conceito substancial de crime entendido como ofensa a um bem jurídico”^{121 122}.

¹¹⁸ “Obbligo di tutela non equivale ad obbligo di tutela penale, poiché tale deduzione andrebbe contro l'autonomia legislativa, contraddirebbe il principio del minimo intervento e implicherebbe una fondazione retribuzionistica del diritto penale. In effetti, nel diritto penale della prevenzione non può parlarsi di tutela penale per il solo fatto che un determinato bene posseda un rango elevatissimo nel sistema costituzionale: anche nell'ipotesi di offese gravi a beni di grande importanza sono molte le considerazioni che possono oporsi all'impiego dellapena da parte del legislatore ordinario.”

¹¹⁹ VEGA, Maria Santana. *Diritto penale mínimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*. Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bolonha, 2000. p. 61-62. Tradução feita por Antonio Cavaliere.

¹²⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao...*, p. 92-94.

¹²¹ “L’idea di fondo che ispira il principio di offensività è quella (utilitaristica) che vede nel diritto penale uno strumento di protezione di beni giuridici, a cui fa da contraltare un concetto sostanziale di reato inteso come offesa as un bene giuridico.”

Dessa forma, o Direito Penal somente deve proteger os direitos fundamentais, estabelecendo-se uma seleção de bens jurídicos a serem tutelados, devendo juntamente afastar a punibilidade ou descriminalizar as condutas que não ofendem ou igualmente não colocam em perigo aqueles bens jurídicos que “receberam relevância penal”¹²³.

Em desfavor andam as legislações contemporâneas a tudo que acima foi exposto. O Estado, constantemente inclina-se por ampliar sua atuação cerceadora do livre comportamento das pessoas.

Atualmente, observa-se um crescimento desmedido do Direito Penal, em razão de uma pressão societária que em um cego entendimento, pensa que alargando o número de leis penais, criminalizando todas as condutas indesejáveis, tem-se a solução para combater os problemas sociais. Ocorre que este número extravagante de tipos penais está acabando por ocasionar um efeito contrário, resultando segundo Luiz Luisi no “(...) esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva descriteriosa de delitos.”¹²⁴.

Também denominado de “hipertrofia penal”, a utilização da tutela penal para condutas indiscriminadas, sem permitir que atue primeiramente outras áreas do direito na tentativa de resolução do problema, acaba fazendo com que a lei penal perca seu caráter intimidador perante a sociedade. Francesco Carnelutti critica a chamada inflação legislativa, dizendo que a mesma assemelha-se à inflação monetária, pois há uma desvalorização da lei penal quando em excesso¹²⁵.

Francesco Palazzo denuncia em seus escritos à crise em que a pena sofre atualmente, diante de que, o legislador está criminalizando condutas julgando às mesmas a partir da moralidade, acabando por regulamentar um número discricionário de ações, de uma forma um tanto genérica, sem realmente solucionar o problema. “Abandonados os ‘moralismos’, seria ao invés o caso de voltar a cultivar a observância dos valores essenciais de uma ética social verdadeiramente correspondente as exigências fundamentais dos homens na nossa complexa sociedade”¹²⁶. Diante disso, o autor reforça a ideia de que devesse integrar harmonicamente

¹²² MANES, Vittorio. *Il principio di offensività: tra codificazione e previsione costituzionale*. L’Indice Penale. v. 06, n° 1. Pádua. jan/abr, 2003. p. 147.

¹²³ DARGÉL, Alexandre Ayub. *Princípio da lesividade...*, p. 107.

¹²⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais...*, p. 42.

¹²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *La crise della legge. Discorsi intorno al dritto*. Padova, 1937. p. 180. *apud* CAPELLO, Paola. *La crisi della legge e certezza del diritto*. Disponível em < <http://www.tecnichenormative.it/draft/cappello1.pdf> >. Acesso em 15.03.2014. p. 02.

¹²⁶ “Abbandonati i ‘moralismi’, sarebbe invece il caso di tornare a coltivare l’osservanza dei valori essenziali di un’etica sociale davvero rispondente alle esigenze fondamentali dell’uomo nella mostra complessa società”.

em sociedade todos os mecanismos de controle social, não priorizando apenas o sancionatório¹²⁷.

Quanto ao aborto, observa-se que a sua criminalização não intimida a mulher a ponto de deixar de interromper com a sua gravidez por medo da sanção penal, mas acaba conduzindo-a ao mundo obscuro da clandestinidade, onde os danos sociais produzidos são ainda maiores. Diante disso, emerge a indagação sobre qual o bem de maior relevância nesse caso: a proteção da vida intrauterina indesejada ou o direito da mulher de interromper a gestação através de meios seguros, valendo-se dos seus direitos fundamentais, enquanto sujeito de direitos – mormente, os direitos à liberdade e à saúde, sob o crivo do princípio da dignidade humana.

Por isso, torna-se fundamental a discussão, no sentido de repensar a criminalização do aborto, quanto uma limitação à liberdade da mulher de dispor sobre o seu próprio corpo e quanto à questão do direito penal mínimo, pois se realmente não está ocorrendo uma tutela quanto ao tipo incriminador do ato aborto, talvez a proteção no âmbito criminal esteja elevada, devendo-se olhar a proteção deste bem jurídico sobre outro viés do direito. Em outras palavras, deve-se ter em mente se os prejuízos sociais decorrentes da criminalização da conduta têm sido superiores ao benefício que a repressão por ele veiculada pretende alcançar.

2.2 O fenômeno da criminalização

Durante o decorrer dos anos, as sociedades passam por constantes processos de criminalização de condutas e de descriminalização de tantas outras¹²⁸, isto decorre justamente da mutabilidade sociocultural existente em qualquer época, que acaba por influenciar o legislador de forma direta no momento de criação de novos tipos penais, ou de deixar de proteger algum bem através do manto da tutela penal, pois não há como aceitar incriminações herdadas de épocas em que havia outro envolvimento sociocultural.

O crime, segundo Sérgio Salomão Shecaira, deve ser encarado como um problema social e, por isso, devem existir alguns critérios capazes de nos fazer entender um fato

¹²⁷ PALAZZO, Francesco. *Bene Giuridico e Tipi di Sanzioni. L'indice Penale*. ano XXVI, nº 2. Pádua: Cedam. mai/mgo de 1992. p. 230.

¹²⁸ PRADE, Péricles Luiz Medeiros. *Descriminalização e despenalização: brevíssima abordagem jurídico penal. Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rao*. São Paulo : Resenha Universitária, 1976. p. 362.

coletivamente como crime, sendo estes: a) que o fato tenha incidência massiva na população; b) que o fato praticado produza uma incidência aflitiva; c) persistência espaço-temporal do fato praticado; d) existência de um inequívoco consenso a respeito de sua etiologia e de quais técnicas de intervenção seriam mais eficazes para o seu combate¹²⁹.

Quem explica cada critério é Filipe Coutinho da Silveira. O autor leciona que quanto ao primeiro critério delineado, não basta que a conduta tenha sido corriqueira, não sendo assim permitida a criminalização de acontecimentos isolados dentro da sociedade, que não foram reiterados. O segundo elemento, a incidência aflitiva, significa dizer que somente casos que demonstrem relevância social podem se tornar um ilícito penal. Por fim, os últimos dois critérios dizem respeito primeiramente ao critério temporal, tendo-se em vista não poder incidir a criminalização sob condutas que representem algo fugaz, como também, sendo este o último critério, deve haver um consenso na sociedade com relação ser a esfera penal a forma mais indicada para combater o problema apresentado¹³⁰.

Nesse sentido, Eduardo Medeiros Cavalcanti, relacionando os critérios para a criminalização sob a ótica do princípio da intervenção mínima, afirma:

(...) não cabe ao Direito Penal a tutela de todo e qualquer valor protegido pela ordem jurídica, muito menos toda e qualquer conduta violadora deste valor. Aqui, destacam-se três momentos: primeiro, a escolha de valores imprescindíveis para a manutenção da sociedade; em seguida, somente algumas condutas intoleráveis são selecionadas; por último, após a escolha destas condutas, apenas passam a pertencer ao sistema jurídico-penal aquelas que carecem de tutela penal (subsidiariedade)¹³¹.

Sendo assim, o legislador, no momento em que estiver formulando a lei, deve escolher as condutas que irá criminalizar de forma criteriosa, levando-se em conta como critério básico em seu processo de escolha o princípio da *ultima ratio*, sendo assim somente bens relevantes e que a lesão ao bem necessita da intervenção penal¹³². Conjuntamente, deve observar se existem outros instrumentos presentes no ordenamento jurídico mais eficazes e menos danosos para o indivíduo como quando exposto à tutela penal¹³³.

¹²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2004. p. 44-47.

¹³⁰ SILVEIRA, Filipe Coutinho. *Sobre a criminalização de condutas e a proibição de venda de armas e munições*. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/8149-Artigo:-Sobre-a-criminalizacao-de-condutas-e-a-proibicao-de-venda-de-armas-e-municoes>>. Acesso em 07 de março de 2014.

¹³¹ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *O Processo de...*, p.273.

¹³² LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais...*, p.175.

¹³³ VARELA, Maíra Silveira da Rocha Nowicki. *O princípio constitucional da...*, Acesso em 07/03/2014.

Hulsman, no relatório apresentado ao Colóquio realizado em Bellagio no ano de 1973, apresentou alguns fatores que influenciam no processo de criminalização, sendo o primeiro fator “(...) a imagem que o legislador e o juiz possuem sobre o sistema penal e de suas consequências sociais”¹³⁴ que é feita repousada nos pressupostos implícitos da própria doutrina penal, não levando em conta “(...) as diferenças críticas que existem entre esses pressupostos e a realizada social. Além disso, o equilíbrio entre os custos e os benefícios se efetua de forma pouco realista e a favor da criminalização”.¹³⁵ Outro ponto é que somente em âmbito penal não se exige, no momento em que se está por introduzir uma nova medida legislativa, apresente-se, juntamente, o financiamento, a forma que se cobrirá os gastos emergentes da nova norma, o que ocorre para todas as repartições ministeriais como para o parlamento.

O seguinte fator seria a constatação de que algumas situações sociais favorecem a realização de ações definidas como delitivas. Exemplificando, Hulsman apresenta o autoserviços em grandes lojas, pois, conforme o doutrinador, “aqueles que escolhem tais soluções transferem os custos da operação para o sistema penal e para os indivíduos que são o objeto de sua ação”. Continua o autor com a relação de fatores, indicando que a criminalização pode ser utilizada pelo legislador como aparente solução para um problema social, pois o mesmo está frequentemente pressionado com as opiniões públicas, não dispendo de meios para atender o clamor da sociedade, acabando por optar pela criminalização com o propósito de “acalmar” a pressão popular¹³⁶. Cervini afirma que “essa operação frequentemente pode ter êxito porque a imagem que prevalece na sociedade quanto ao funcionamento do sistema penal está totalmente afastada da realidade”¹³⁷.

Os últimos dois fatores arrolados são primeiramente o fato de em diversos setores societários existirem grupos que defendem fervorosamente os seus interesses e crenças, e com essa pressão, podem exercer uma influência direta sobre o governo, mas ao se referir a grupos marginalizados, torna-se mais fácil criminalizar condutas, do que operar outras soluções. Por fim, a criminalização pode ser “(...) um dos instrumentos na luta pela dominação entre os diversos grupos e classes da sociedade”¹³⁸.

¹³⁴ HULSMAN, Louk H. C.. *Descriminalização*. Revista de Direito Penal. nº 9/10. Rio de Janeiro. jan/jun 1973.p.13.

¹³⁵ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.93.

¹³⁶ HULSMAN, Louck. H. C. *op. cit.*, p. 13.

¹³⁷ CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 94.

¹³⁸ HULSMAN, Louk H. C. *op. cit.* p. 14.

O processo de criminalização tem íntima relação com a Lei Fundamental, pois é na mesma que se estabelecem diversos limites ao legislador. As regras taxativas de criminalização, contidas na Lei Maior brasileira, sofrem limitação, posto que somente algumas condutas intoleráveis para os valores protegidos por estas regras devem ser criminalizadas, ou seja, somente valores que necessitam de tutela penal. Os princípios positivados pelo texto constitucional conjuntamente sofrem limitações, pois não obrigam o legislador de forma taxativa, mas por outro lado, estabelecem diretrizes com relação à ordem legal de bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional ¹³⁹.

Os fatores acima expostos, considerados também como princípios materializadores da criminalização, estão ligados à dignidade penal, sendo que esta constitui o primeiro passo para a legitimidade do processo criminalizador. O segundo passo vincula-se em identificar a necessidade ou carência da tutela penal, somente intervindo quando todos os outros modos de prevenção e controle social tiverem fracassado ¹⁴⁰.

Conjuga da mesma opinião, Jorge Dias e Manuel Andrade, sendo que afirmam ser a dignidade penal apenas a legitimação negativa, assim a mesma é insuficiente para impor a criminalização, que somente logrará êxito, em um segundo momento, em sede de carência de tutela ¹⁴¹.

É neste íterim que autores como Maria da Conceição Ferreira da Cunha discutem se a elevada dignidade penal implica sempre em necessidade de tutela penal, tendo como caso pragmático o do aborto, este que está sempre permeado por uma cifra negra de mulheres praticando-o, necessitando-se assim verificar se a lei penal, mesmo que raramente obedecida, é efetiva para criar condutas desejas-las ¹⁴². Isto deve ser analisado frente a cada caso concreto, pois há delitos como o homicídio em que existe uma conformidade com relação a sua elevada dignidade penal como também quanto à necessidade de tutelar o bem jurídico vida no momento em que é exposto a risco.

Não a objeção à criação de bens jurídicos passíveis de exigir proteção penal, mesmo não estando estes no âmbito dos bens constitucionalmente estipulados, em razão de terem emergido da realidade social posteriormente à promulgação da Constituição Federal. Mas, ressalva-se que a criminalização deverá ser sempre feita com base nos bens constitucionais,

¹³⁹ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *O processo de criminalização...*, p.290.

¹⁴⁰ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *op. cit.*, p.291.

¹⁴¹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra. 1997. p. 407.

¹⁴² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto. Universidade Católica Portuguesa. 1995.p. 376.

não podendo violentá-los de nenhuma forma, estruturando-se como um verdadeiro limite ao legislador criminal em qualquer hipótese em que deseja que a tutela penal se faça presente na resolução de um determinado problema social.¹⁴³

Assim, resta claro que certas condutas não levantam nenhum tipo de dúvida quanto à necessidade de criminalização, restando por certo que o legislador não as retirará do manto protetor aferido pelo Direito Penal.

Ocorre que o legislador deve estar constantemente atento se a tutela penal está atingindo o seu propósito, ou seja, não há por que continuar protegendo um determinado bem jurídico, se sanções de natureza extrapenal cumprem já este papel. Com isso, deve-se observar se para o impedimento da lesão do bem, a tutela penal se faz necessária ou não¹⁴⁴.

Figueiredo Dias afirma que a “finalidade última e primária e irrenunciável da pena, num Estado de Direito democrático, deve ser a conservação ou o reforço da norma violada pelo crime, como modelo de orientação do comportamento das pessoas na interação social”¹⁴⁵.

Contudo, não se pode perder de vista que, mesmo nessa pungente necessidade de reanalisar o nosso sistema penal, diminuindo o número de normas punitivas a bens jurídicos e atualmente não necessitam mais serem tutelados pela norma penal, em contraponto, é preciso estar atento a condutas de relevante gravidade, advindas de áreas em desenvolvimento econômico e tecnológico que necessitam da incidência do Direito Penal, requerem do mesmo que estejam atento às movimentações sociais, por isso, a criminalização e a descriminalização estão sempre em conjunto.

2.3 Os processos de descriminalização

A atual crise do Direito Penal é diretamente calcada no aumento desproporcional da criminalização de condutas; conjuntamente, na falida ideia de ressocialização do condenado, está pautada em um sistema de privação da sua liberdade sendo que, na realidade, apenas

¹⁴³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 174-175.

¹⁴⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime...*, p. 358-359.

¹⁴⁵ DIAS, Figueiredo. *Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Econômico*. apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e...*, p. 352.

causa ao apenado estigmatização e degradação social¹⁴⁶. Importa ressaltar que esta crise também é em virtude da sobrecarga nos Tribunais; a ineficácia das penas clássicas e as constantes mudanças sociais e políticas, que não são devidamente ponderadas pelo legislador, tornando-se questionáveis diversos conceitos de política criminológica¹⁴⁷.

Neste âmbito, novamente adentramos no objetivo acima delineado do direito penal mínimo, o de ser a tutela penal a *ultima ratio*, intervindo na sociedade somente quando os demais ramos do direito fracassarem na tutela de determinado bem jurídico.

Posto isso, uma das buscas do direito penal mínimo é a descriminalização, despenalização e diversificação do sistema penal – isto é, formas diversas de solução dos bens jurídicos infringidos¹⁴⁸.

Importa, primeiramente, distinguir estes três institutos, para depois, em uma segunda fase, aprofundar o tema dos processos de descriminalização.

Como bem explica o doutrinador Raúl Cervini, a despenalização é “(...) o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”. Neste âmbito, inclui-se todo o rol de possíveis formas de atenuação das consequências da pena e alternativas penais¹⁴⁹.

Para melhor compreensão, importa ponderar uma situação em que se pode aplicar a despenalização, qual seja, quando o juiz profere uma sentença e pode substituir a pena pela obrigação do réu em cumprir uma prestação de serviços à comunidade, ou antes até mesmo do trâmite processual, a suspensão condicional do processo ofertada pelo *Parquet*. Assim, são diversos os casos em que o acusado não necessita cumprir uma pena privativa de liberdade e ser assim segregado¹⁵⁰. Sob esse viés:

Podemos vislumbrar a despenalização sob duas formas. A redução da quantidade de pena (considerados tipos legais de crimes específicos); e a reformulação do sistema de penas (considerado o inteiro sistema normativo-penal), via de regra retirando a

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Algumas palavras sobre descriminalização*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, 13/14. Jan./jun. 1974. p. 34.

¹⁴⁷ MANZANERA, Luis Rodrigues; MENDES, Nelson Pizzotti. *O Enfoque Criminológico da Descriminalização*. Justitia. Ano XXXVIII. 4º trimestre de 1976. Volume 95.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *O Princípio da Intervenção Mínima na ótica da Ciência Total do Direito Penal*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11069&revista_caderno=3>. Acesso em 12 de março de 2014. s/p.

¹⁴⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização...*, p. 85.

¹⁵⁰ MANZANERA Luis Rodrigues e MENDES, Nelson Pizzotti. *O enfoque criminológico...*, p.166.

preeminência que as práticas históricas reservaram à pena privativa de liberdade (...)¹⁵¹.

Assim, a despenalização busca um amoldamento do sistema jurídico-penal a regras de proporcionalidade.

No que toca à diversificação, Péricles Jandyr Zanoni afirma esta representar “(...) a busca de soluções aos conflitos, mesmo em caráter provisório, dentro de uma Justiça Consensual, através de mediação, conciliação.”¹⁵² Na mesma linha, Cervini entende que a diversificação implica, em algumas situações, que o problema que afeta determinada partes, seja remetido às mesmas, para que o solucionem sem a ajuda de um órgão externo¹⁵³. Figueiredo Dias resume, com propriedade, o conceito e objetivo do processo de diversificação ou “diversão”, como o denomina, ao explicar que:

Como procura de soluções alternativas ao sistema penal tradicional para responder a determinadas formas de ilícito criminal, e com a não-intervenção radical, como recuo da ordem jurídico-criminal em relação a condutas que em abstracto – v.g., as praticadas por adultos e não por jovens – implicariam a intervenção do processo criminal¹⁵⁴.

Descriminalização, segundo Francisco Canestri, é sinônimo de “ato ou atividade que faz um ato ou uma infração perder seu caráter criminal”¹⁵⁵.

Cerne de amplos debates na área de ciências criminais, destacando-se o Colóquio de Bellagio ocorrido no ano de 1973, como também o V Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinquente no ano de 1975, dentre muitos outros que se ocuparam em debater e encontrar soluções para o aumento desmedido de leis em âmbito criminal, buscando assim entender o momento societário experimentado a cada época, e assim verificar as melhores soluções. Segundo Jorge Dias e Manuel Andrade, entende-se que:

¹⁵¹ CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 50. p. 250.

¹⁵² ZANONI, Péricles Jandyr. *Sociedade Moderna, Direito Penal Clássico e Descriminalização*. Disponível em <<http://www.uniandrade.br/revistauniandrade/index.php/revistauniandrade/article/view/1/1>>. Acesso em 15.03.2014.p. 07.

¹⁵³ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização...*, p. 86.

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, *Criminologia: o homem...*, p. 402.

¹⁵⁵ CANESTRI, Francisco. *Los Procesos de Descriminalización desde un punto de vista Criminológico*. Estudos Jurídicos: Revista da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio Sinos – São Leopoldo. Vol. VI nº 14 1975. p. 33.

Por descriminalização, em sentido estrito, entende-se aqui a desqualificação duma conduta como crime. Do que se trata é, pois, duma redução formal – sc., legal – da competência do sistema penal em relação a determinadas expressões do comportamento humano. Em conformidade, e por exigências de rigor, incluímos também no conceito de descriminalização a conversão legal de um ilícito criminal em qualquer outra forma de ilícito, v.g. contra-ordenativo, civil, etc. Importa, em segundo lugar, sublinhar que a descriminalização implica, tanto por via etimológica como semântica, uma referência ao sistema penal e à respectiva manutenção¹⁵⁶.

Busca-se com o estudo dos processos de descriminalização ser parte da solução da atual crise do direito penal, tendo em vista a já explanada situação de proliferação desmesurada de leis em matéria penal que, segundo Celso Eduardo Faria Coracini, “tal situação guarda respaldo na já decantada crise dos próprios paradigmas de sociedade, e na incapacidade social em definir prioridades”. Ainda, o mesmo autor afirma que quanto à reforma do sistema punitivo brasileiro, deve-se “(...) retirar do âmbito de atuação do direito penal todas as condutas, ainda que relevantes socialmente, que puderem ser eficazmente prevenidas, ou suficientemente retribuídas, por outras esferas do direito”¹⁵⁷.

Segundo doutrinadores, como Coracini¹⁵⁸ e Cervini¹⁵⁹, a descriminalização pode constituir-se sobre três formas:

- a) Descriminalização formal, ou também denominada “em sentido estrito”, que significa a outorga de reconhecimento legal e social do comportamento descriminalizado;
- b) Descriminalização substitutiva, esta abrangendo os casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza;

Nessas duas formas, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, sendo que a primeira observa-se a eliminação do total da ilicitude do comportamento, e no segundo caso, mesmo que a conduta perca a antijuricidade penal, ela não se torna lícita, nem deixa de ser qualificada como antijurídica e indesejável.

- c) Descriminalização de fato, ocorre quando a tutela penal deixa de efetivamente aplicar a pena sob certas condutas, mas não perde sua competência para tal. Assim, há o caráter de ilícito penal, mesmo que tenha ocorrido a eliminação da aplicação efetiva da pena.

Para Hulsman, descriminalização é “o ato e a atividade pelos quais um comportamento, em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções,

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, *Criminologia: o homem...*, p. 399.

¹⁵⁷ CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de...*, p. 242-243.

¹⁵⁸ CORACINI, Celso Eduardo Faria. *op. cit.*, p. 248/249.

¹⁵⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização...*, p. 82/84.

é colocado fora desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz)”¹⁶⁰.

Como no Brasil existe uma divisão entre os poderes governamentais, ao Poder Legislativo lhe restou como uma de suas funções típicas a tarefa de inclusão ou exclusão dos tipos penais. Por outro lado, o Poder Judiciário tem como incumbência a interpretação dos alcances da lei penal em vigor, aplicando-a¹⁶¹.

Em harmonia com o prelecionado por Antônio Claudio Macedo da Silva, em regra descriminalização de condutas tipificadas como ilícitas, deve ser realizada por meio do Poder Legislativo, sendo que “(...) o legislador edita uma lei, no caso brasileiro em razão do cânon constitucional da legalidade, esta lei terá de ser lei em sentido formal, revogando o seu efeito a norma incriminadora”¹⁶².

Quando a descriminalização se dá por ato legislativo, ocorre a ab-rogação¹⁶³, isto é, a eliminação da norma penal incriminadora por completo. Esta forma cria um valor de segurança perante a sociedade¹⁶⁴, pois no momento em que se revoga a ilicitude de uma conduta do ordenamento jurídico, tem-se a certeza de que a conduta antes ilícita, a partir da descriminalização legislativa, pode ser praticada sem acarretar nenhuma consequência em âmbito criminal.

A descriminalização legislativa ocorre quando alguma conduta criminalizada deixa de ser ao longo do tempo, considerada danosa, passando a ser aceita pela sociedade. Diante disso, cabe ao legislador, ao perceber que um determinado tipo penal passou a ser tolerado pelas pessoas, em decorrência de uma mudança, por exemplo, de comportamentos, retirar do Códex sua previsão como delito. O *abolitio criminis*, outra forma de denominação para a descriminalização legislativa, segundo Salo de Carvalho dificilmente ocorre, pois a tendência de uma lei, quando integralizada ao sistema penal, é de ali permanecer, mesmo que não haja mais, socialmente falando, sentido em sua permanência e observação. Isto é uma das causas do fenômeno da inflação penal¹⁶⁵.

¹⁶⁰ HULSMAN, Louk H. C. *Descriminalização...*, p. 07.

¹⁶¹ PRADE, Péricles Luiz Medeiros. *Descriminalização e despenalização...*, p. 363.

¹⁶² SILVA, Antonio Claudio Macedo. *Descriminalização Judicial...*, p. 19.

¹⁶³ FAYET, Ney. *A crise da pena e a descriminalização*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. V. 11. Ano IV novembro 1977. p. 32.

¹⁶⁴ BATISTA, Nilo. *Algumas palavras sobre...*, p. 35.

¹⁶⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195.

Com isso, é descriminalizada uma conduta, quando o legislador perceber que manter a punição da mesma não tem mais razão de ser, pois a sociedade não julga tal ato mais como ofensor de um bem jurídico essencial. Nesse tocante:

A descriminalização chancela, portanto, o desuso de uma norma que, seja pela dissociação entre o conteúdo de reprovação da sociedade e a opção legislativa, seja pela concordância da desnecessidade do Direito penal para tutelar aquele conflito, perde a legitimação penal¹⁶⁶.

Os efeitos do processo de descriminalização são os mais amplos possíveis, alçando situações pretéritas – princípio da retroatividade da lei benéfica – e projetando-se às situações futuras – ultratividade.

Em virtude da constante mobilidade social, nem sempre a norma penal consegue estar em compasso com esta dinâmica. Com isso há normas incriminadoras de condutas que não são mais objeto de reprovação social, ou bens infringidos que se tornaram insignificantes para permanecerem sob o manto da tutela penal, não se justificando a movimentação de todo o aparelho repressivo do Estado para protegê-los.

É neste contexto, que surge a descriminalização por ato judicial. O juiz, no papel de aplicador da norma, tem a possibilidade de minimizar a repressão penal no momento em que analisa cada caso concreto, tendo em vista que a omissão legislativa não pode causar um injusto de suprir as garantias penais a um indivíduo, devendo assim o juiz adequar a lei, atendendo as novas exigências sociais, minimizando a criminalização.

Importa ressaltar que, atualmente, o magistrado não necessita mais atuar de forma “computadorizada”, apenas realizando um raciocínio frio acerca dos casos que passam sobre o crivo de seu julgamento, pois é impossível um ser humano desligar-se de todas as suas vivências e suas crenças,¹⁶⁷ podendo aplicar a lei de forma interpretativa. Porém, Péricles Luiz Medeiros Prade ressalta que:

¹⁶⁶ SILVA, Ana Cláudia. *Políticas de (des)criminalização*. Dissertação. Curitiba. 2008. <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/18292/ANA%20CLAUDIA%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1>>. Acesso em 18 de março de 2014. p. 172.

¹⁶⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 18 de março de 2014. s/p.

Também é verdadeiro que, em virtude da natureza genérica dos enunciados penais, o juiz conserva uma margem de possibilidade na apreciação das condutas, podendo inclinar-se tanto para a tipificação como para a destipificação, segundo as pressões de sua própria consciência ou as do meio ambiental.

Todavia, se não exceder o juiz essa margem, ajustar-se-á sua postura aos fins do legislador cuja lei aplica, e, na hipótese lembrada, poderá ser dito que a descriminalização não deixa de ser “legal”.¹⁶⁸

Outrossim, é possível que o juiz, ao verificar a situação concreta, deixe de aplicar um ditame legal válido por acreditar que a conduta praticada foi alcançada por uma excludente supralegal. Isso pode ocorrer devido à maleabilidade linguística da norma penal, o juiz pode redefinir o sentido da legislação, valendo-se do princípio da legalidade (proteção do cidadão-réu), como também, por exemplo, nos casos em que se considera uma conduta atípica, devido à insignificância.¹⁶⁹

Vico Manãs, quanto ao princípio da insignificância, faz uma advertência quanto à tipicidade afirmando que esta “não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal”¹⁷⁰.

A conduta torna-se irrelevante para o Direito Penal, quando o fato típico passa pela triagem do princípio da insignificância, ocorrendo assim a descriminalização por parte do magistrado, no momento em que excluir a tipicidade da conduta que não for danosa, devendo tal problema ser resolvido por outra esfera do direito mais adequada à resolução do mesmo¹⁷¹.

Outro critério para excluir a tipicidade material da conduta que deve ser conjuntamente ponderado, é o princípio da adequação social. Este leva em conta a aprovação do comportamento pela coletividade, devendo em razão disso, haver a exclusão da conduta, por ser materialmente atípica¹⁷².

Assim, importante frisar a diferença entre a descriminalização judicial e a legislativa; na primeira, o juiz deverá limitar o campo de incidência das normas criadas pelo Poder Legislativo, sendo que essa restrição deverá ser baseada em imperativos constitucionais ou

¹⁶⁸ PRADE, Péricles Luiz Medeiros. *Descriminalização e despenalização...*, p. 364.

¹⁶⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de...*, p. 205, 209 e 211.

¹⁷⁰ MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. ed. Saraiva, 1994, citado por SILVA, Antonio Claudio Macedo da. *Descriminalização...*, p.22.

¹⁷¹ SILVA, Ana Cláudia. *Políticas de (des)criminalização...*, p. 176.

¹⁷² SILVA, Antonio Claudio Macedo da. *Descriminalização Judicial...*, p. 20.

fáticos. Contudo, na descriminalização legislativa, o legislador deverá selecionar as condutas e bens jurídicos que deseja ver protegidos pela norma penal¹⁷³.

Ainda, existem duas formas impróprias de descriminalização. A primeira é aquela exercida pelo cidadão comum que, sabendo da ocorrência de um delito e seu autor, deixa de delatá-lo à autoridade policial. A segunda refere-se à inação da própria polícia que, ao receber a informação quanto ao cometimento de um delito, não age em prol de investigá-lo¹⁷⁴.

Importa frisar que as duas últimas formas de descriminalização não são formalmente incorporadas pelo discurso penal e criminológico. Ocorre que estas traduzem-se nas hipóteses de maiores expressões quantitativas da realidade das agências de controle punitivo estatais, e denominam-se de cifras ocultas da criminalidade, denominadas assim por não ingressarem nas estáticas oficiais.¹⁷⁵

Hulsman há mais de quarenta anos, deflagrou o atual sistema penal, afirmando estar este despreparado para atender sua finalidade de contribuir para a resolução de problemas sociais¹⁷⁶. Com isso, os operadores de direito devem assumir a crise atual do Direito Penal e iniciar um movimento por mudanças.

Com isso, este é o momento de superação que, segundo Raúl Cervini, deve amparar as necessidades dos homens, fazendo-se necessário “dessacralizar” o Direito Penal e, segundo suas palavras, “(...) superar certos temores irracionais, motivo pelo qual alguns setores se fecham ante soluções alternativas à penal, caminhos que com maior efetividade e menor custo poderiam empregar-se para atacar muitos conflitos”.¹⁷⁷

Inserem-se neste ponto os movimentos de descriminalização, sendo este, em conjunto com os processos de despenalização e diversificação, as ferramentas que devem ser utilizadas de forma urgente com o propósito de revisão e racionalização do sistema penal, a fim de que se atinja uma maior solidariedade social¹⁷⁸.

Conforme Luís Flávio Gomes, além de necessitar consolidar as leis em vigor, deve-se, com o propósito de solucionar a hipertrofia legislativa, realizar um amplo programa de descriminalização, de intervenção mínima do Direito Penal, retirando-se de seu âmbito tudo

¹⁷³ RAMOS, Ana Flávia Jordão. *Conteúdo da despenalização do consumo de entorpecentes como alternativa à tendência de expansão penal desarrazoada*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3326.pdf>>. Acesso em: 18 de março de 2014. p.1025.

¹⁷⁴ BATISTA, Nilo. *Algumas palavras sobre...*, p. 36.

¹⁷⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de...*, p. 227.

¹⁷⁶ HULSMAN, Louk H. C. *Descriminalização...*, p. 10.

¹⁷⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de...*, p. 224.

¹⁷⁸ CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 217.

que não possui mais relevância penal. Ainda segundo o autor, “precisamos ter a mesma coragem que teve Von Liszt, no final do século XIX, e reconhecer que estamos fazendo uso abusivo do Direito Penal”¹⁷⁹.

Ainda se está muito próximo, segundo Nilo Batista, do oficial de Kafka que explicava ao explorado: “eu era o conselheiro do antigo comandante em todas as questões penais, e além disso, conheço o aparelho melhor que ninguém. Meu princípio fundamental é este: a culpa é sempre indubitável.”¹⁸⁰

A interrupção voluntária da gravidez já restou descriminalizada em diversos países, demonstrando a urgência de revisão na legislação atual repressiva brasileira. Mesmo representando uma conduta relevante em âmbito social, o aborto deve ser enfrentado como um problema de saúde pública, diante de que a tutela penal não está sendo eficaz no combate a sua prática, pelo contrário, um número significativo de mulheres se sujeitam a procedimentos clandestinos para realizar a interrupção.

Diante disso, as mulheres estão passando por uma duplo sofrimento, o de não conseguir ver seus direitos fundamentais respeitados, como o da dignidade da pessoa humana, como também uma violência física e psíquica.

Posto isso, para o presente caso concreto do aborto, seria o caso de passar o mesmo por um processo de descriminalização de sua conduta, através da promulgação, pelo legislador, de uma lei regulando a legalização do ato, estipulando seus limites e situações.

¹⁷⁹ GOMES, Luís Flávio. *Caos Normativo penal: consolidação das leis ou descriminalização?* Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/830-Artigo:-Caos-normativo-penal:-consolidacao-das-leis-ou-escriminalizacao>> Acesso em: 18 de março de 2014.

¹⁸⁰ KAFKA, *A colônia penal*. São Paulo. 1965, p.118 *apud* BATISTA, Nilo. *Algumas palavras...*, p.40.

3 OS DEBATES QUANTO À DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL SOB O ENFOQUE DA LEI ITALIANA Nº 194/78

O presente capítulo expõe os argumentos de quem é a favor da manutenção, como delito da prática abortiva voluntária, como também de quem acredita que atualmente seria mais favorável à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil, em razão de tratar-se de uma questão a ser resolvida pela saúde pública do país. Possibilitará, neste âmbito, a amostra de dados reais quanto à cifra negra do aborto.

Ao final, far-se-á a análise da situação concreta da Itália, país que descriminalizou a prática do aborto em 1978, desmembrando toda a Lei nº 194 que legalizou a prática voluntária da interrupção da gestação, apontando as críticas positivas e negativas, analisando as cifras depois da descriminalização, e por fim, como está sendo analisada tal legislação atualmente no país.

Por fim, serão analisados os sistemas de indicações e de prazos, com a possibilidade de sua conjugação.

3.1 Os conflitos atinentes à interrupção voluntária da gravidez

Não somente no Brasil, mas no mundo todo, a questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferido ao aborto remexe com divergências profundas¹⁸¹. Por mais que haja pessoas perfiladas a uma posição permissiva quanto à descriminalização do aborto, por outro lado, também há uma parcela considerável da população que rejeita este posicionamento, entendendo que deve ser mantido o aborto como um tipo penal¹⁸².

Assim, neste subcapítulo, serão expostos os argumentos utilizados por quem pugna pelo direito à vida do nascituro, e em seguida, com o propósito de contrapor, os argumentos utilizados por quem acredita não poder ser considerado criminoso o fato de uma mulher interromper a gravidez por razões ainda não incluídas no atual Código Penal Brasileiro.

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. (org.) *Legalização do Aborto e Constituição*. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.03.

¹⁸² D'URSO, Luiz Flávio Borges. *O aborto no projeto do Código Penal*. Revista do Tribunal da Magistratura. Caderno de doutrina. São Paulo. mai/jun 1998. p. 335.

Primeiramente, importa apresentar, da forma mais respeitosa e sucinta, a discussão envolvendo o momento em que se deve considerar existente a vida humana, e também no que se refere a sua proteção jurídico-penal, e neste íterim, como estão sendo manipuladas as teorias que se aventuraram a escrever sobre esse assunto nos dois campos opostos de argumentações quanto à prática abortiva ser ou não permissiva em nosso país.

Até hoje, não existe um consenso sobre qual é o momento em que se inicia a vida nas áreas como a da ciência, filosofia e religião. Diante disso, destacam-se três principais teorias sobre o início da vida humana, sem a pretensão neste trabalho de alcançar um consenso entre as mesmas.

A primeira denomina-se Teoria Concepcionista, sendo que seus adeptos acreditam que o início da vida se dá na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, criando uma realidade genética autônoma e diversa denominada de zigoto, sendo este um ser vivo e possuidor de uma genética humana própria¹⁸³. Desta forma, para esta teoria, não necessita ter forma humana, mas somente a constatação de sua capacidade de produzir-se a si mesmo¹⁸⁴.

No rol das teorias em maior evidência, segue-se com a teoria chamada de Perspectiva Biológico-Evolutiva. Segundo esta, a vida tem início com o advento de sinais morfológicos do embrião ou a partir de um momento determinado do processo de gestação, com os seguintes critérios: nidação/individualização, surgimentos da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extrauterina, nascimento e, por último, a aquisição de capacidade racional na infância¹⁸⁵.

Para quem defende esta teoria, a individualização do indivíduo ocorre com a nidação, que é a implantação do embrião na parede uterina, decorridos quatorze dias da fecundação. Outro momento em destaque é “o início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, que seria o sinal distintivo do puramente animal, sendo a partir deste momento considerado um processo biológico que pode vir a se tornar uma vida humana independente”¹⁸⁶.

¹⁸³ TESSARO, Anelise. Aborto, *Bem Jurídico e Direitos Fundamentais*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Ciências Criminais 2006. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=602> Acesso em 15.04.14 .p.16.

¹⁸⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86 *apud* TESSARO, Anelise. Aborto, *Bem Jurídico...*, p. 16. Acesso em 15.04.14.

¹⁸⁵ KOTTOW, Miguel. *Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?* Bioética – Conselho Federal de Medicina. Brasília. v.9 n°2, 2001.p. 27 *apud* SILVA, Edilson Freire. *Vida Humana e o crime de abortamento*. Mestrado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Direto. São Paulo. 2010.p. 69. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136775.pdf> >. Acesso em 15.04.14.

¹⁸⁶ TESSARO, Anelise. *op. cit.*, p. 19. Acesso em 15.04.14.

Por fim, tem-se a teoria Perspectiva Relacional, sendo que esta se diferencia das outras duas teorias acima expostas por não se vincular a critérios biológicos, ou morais ao definir onde se inicia a vida e sim, somente ao estabelecimento do vínculo relacional entre mãe e filho. Assim, a mulher torna-se a principal figura, segundo esta teoria, durante o processo reprodutivo, não dependendo apenas do âmbito biológico, pois a mulher deve primeiramente aceitar o papel de genitora¹⁸⁷.

Conforme preleciona Kottow, para a perspectiva relacional a vida inicia-se se cumpridos duas condições pela mulher, a consciência de estar grávida e a aceitação desta condição¹⁸⁸. Nesse tocante:

Em outras palavras, essa teoria pretende afirmar a reprodução humana como escolha, de forma que a continuidade de uma gravidez não signifique um fato puramente biológico, respeitando a autonomia da mulher - mãe em potencial - ao mesmo tempo que garante idêntico respeito ao compromisso ético assumido numa relação mãe/filho. Assumir a maternidade deve ser um ato decisivo, muito além de um simples evento natural, de contingência, inconsciente, inquestionado e eventualmente indesejado. Em síntese, deve representar a gestação amorosa de uma nova pessoa¹⁸⁹.

Os militantes pela manutenção do tipo penal que repreende a prática abortiva voluntária acreditam que a vida inicia-se desde a concepção, sendo assim, não é possível encontrar nenhum momento durante a união do espermatozoide com o óvulo e o nascimento da criança em que se poderia dizer que não existe vida humana, sendo este transcurso de fases, apenas etapas a serem superadas para o crescimento e amadurecimento do homem¹⁹⁰.

Para o professor Luiz Flávio Borges D'Urso, o abortamento configura-se como outra modalidade de homicídio, pois, quando se interrompe a gravidez através do aborto, procura-se a eliminação da vida que se inicia. Ainda, diante do dever de preservação da vida, por consequência, deve-se proteger também o feto que, segundo o autor, não se confunde em nenhum momento com o corpo da mãe¹⁹¹.

¹⁸⁷ SILVA, Edilson Freire. *Vida Humana...*, p. 71/72. Acesso em 15 de abril de 2014.

¹⁸⁸ KOTTOW, Miguel. *Bioética del comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana?* Bioética – Conselho Federal de Medicina. Brasília. v.9 n°2, 2001.p. 27 *apud* SILVA, Edilson Freire. *Vida Humana e o crime de abortamento*. Mestrado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Direto. São Paulo. 2010.p. 69. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136775.pdf>> Acesso em 15 de abril de 2014.

¹⁸⁹ TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico...*, p.24 Acesso em 15 de abril de 2014

¹⁹⁰ MARTINS, Roberto Vidal da Silva. *Aborto no direito comparado: uma reflexão crítica*. A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre, 1999.p. 406.

¹⁹¹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. *O aborto no projeto...*, p.335.

Segundo Dworkin, não é fulcral saber se o produto da concepção é ou não uma pessoa de acordo com a Constituição, e sim saber se “(...) os estados têm poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente a vida”. Importa ressaltar que para o autor, “se as convicções das pessoas sobre o que o valor inerente da vida humana requer são convicções religiosas, a exigência de conformidade por parte de um governo estaria impondo uma religião coletiva”. Atuando desta forma, “qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras”¹⁹².

A Constituição Federal vigente no Brasil não possui uma expressa previsão ao bem jurídico vida intrauterina, e por consequência, também não possui arroladas as modalidades de tutela, deixando ao legislador ordinário o poder de decisão acerca dos meios jurídicos empregados na tutela do nascituro¹⁹³. Por outro lado, a Carta Magna legitima e fundamenta o direito à vida no *caput* do artigo 5º, que assim dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”¹⁹⁴.

Neste ponto, se faz necessário a exposição do Projeto para Reforma do Código Penal, no que tange ao aborto. A Comissão ampliou as possibilidades de aborto, incluindo nas hipóteses de excludentes de ilicitude quando identificado por médicos à condição de feto anencéfalo ou de qualquer outra anomalia grave e irreversível no produto da concepção. É prevista também a possibilidade do aborto decorrente de técnica de reprodução assistida e não consentida. E mais, há a previsão de que em toda gravidez poderá ser feito o aborto até a décima segunda semana nos casos em que a mãe não possua condições psicológicas de criar o filho. Por fim, restou substituído grave risco de vida da mãe por grave risco à saúde, o que amplia as hipóteses¹⁹⁵.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 226, 231, 235 e 240.

¹⁹³ BRAGA, Vinicius Gil *Aborto, Bem Jurídico...*, p. 63-64.

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18.04.14

¹⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código Penal*. Brasília, DF, 18 de junho de 2012. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em 18 de abril de 2014.

Ocorre que, o Senador Pedro Taques, em análise ao projeto de reforma do Código Penal, especificadamente com relação à inclusão de novas hipóteses excludentes de imputação como delituosas, criticou a reformulação do inciso IV do artigo 128, e propôs a supressão destes novos incisos em determinados pontos. Diante disso, importante se faz a análise da sua crítica, aqui posta através de outros autores conjuntamente que se filiam com a sua posição, contrapondo-a com quem possui entendimento divergente¹⁹⁶.

O referido Senador, primeiramente afirmou que a Constituição Federal declara a proteção e a inviolabilidade da vida “sem adjetivos” e ainda referiu que o legislador está subordinado ao princípio da proporcionalidade, sendo que para o mesmo é visível a desproporcionalidade instaurada por este inciso, diante do direito fundamental à vida e a circunstância de ausência de condições psicológicas da mãe.¹⁹⁷

Primeiramente, importa destacar que o direito à vida não está livre de algum tipo de restrição, como ocorre nas ações que atentam contra a vida dos outros ou ainda contra a própria vida, como por exemplo, no caso da legítima defesa ou ainda do estado de necessidade¹⁹⁸. Ademais, o direito à vida, quando contraposto aos direitos constitucionais das mulheres, encontra-se, em um mesmo nível, não havendo sobreposição de um direito sobre o outro, de forma a criar uma hierarquia. Conforme enfatiza Luís Roberto Barroso,

Princípios contêm normalmente mais carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes, contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade (...). À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentais quando se defronta com antagonismos inevitáveis (...). A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.¹⁹⁹

Com a criminalização do aborto põem-se em colisão direitos fundamentais que possuem análoga valoração axiológica. Figura-se de um lado o direito à vida do feto e do outro, os direitos fundamentais da gestante. O conflito entre princípios deve ser resolvido

¹⁹⁶BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de estudo da reforma do Código Penal. Relator: Pedro Taques, 2013.<<http://www.pedrotaquesmt.com.br/uploads/downloads/Relatorio-do-senador-Pedro-Taques-ao-Novo-Codigo-Penal.pdf>> Acesso em 18 de abril de 2014.

¹⁹⁷ BRASIL. Senado Federal, op. cit., Acesso em 18 de abril de 2014.

¹⁹⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao relatório Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2014.

¹⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 355.

avaliando-se o peso que cada um destes assume no caso concreto. “Na condição de princípio constitucional de maior hierarquia axiológico- valorativa, a dignidade da pessoa humana deve ser o norte da interpretação e concretização dos direitos fundamentais, conferindo, assim, unidade à Constituição”²⁰⁰.

Para o exercício da dignidade da pessoa humana necessita-se, por óbvio de vida humana, afirmando-se que ambas “(...) caminham juntas, enquanto bens da vida conjugados”. Mas importante frisar que ambos os bens são autônomos, diante de que, em certas circunstâncias podem entrar em conflito “(...) perante situações que exijam a ponderação de direitos (fundamentais) de igual valência.” Uma situação exemplo é justamente a da interrupção da gravidez²⁰¹.

“Em verdade, o que, no caso, está em jogo com o princípio do direito à vida não é o princípio da proporcionalidade, mas, sim, o princípio constitucional do direito da mulher à autodeterminação, como expressão da autonomia da pessoa humana”. Assim, postos em conflito, deve haver uma ponderação destes direitos fundamentais, fazendo-se concessões recíprocas entre estes²⁰².

A partir deste horizonte compreensivo, tanto a norma penal como a Carta Magna tutelam a vida intrauterina de modo que ambos se obrigam a tutelar de forma que não sofra violação. Ocorre que o ser humano em formação, conforme Vinicius Gil Braga, não se confunde com a pessoa, no sentido estrito do termo²⁰³. Explicando, indiscutivelmente o embrião é humano, pois possui identidade própria, em razão de constituir um novo sistema em relação à mãe, mas este, estando ainda no ventre materno, não é uma pessoa, e sim, é uma pessoa em potencial, *in fieri*²⁰⁴, e nesta condição merece uma proteção constitucional em grau diverso da conferida a uma pessoa, com isso, a personalidade, condição para o reconhecimento do ser humano como indivíduo, depende do nascimento com vida.²⁰⁵

²⁰⁰ TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico...*, p. 93 Acesso em 15.04.14

²⁰¹ BRAGA, Vinicius Gil *Aborto, bem jurídico...*, p. 65.

²⁰² INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao relatório...*, p. 79. Acesso em: 18.04.14.

²⁰³ BRAGA, Vinicius, *op. cit.*, p. 67.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*, p. 32-33.

²⁰⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa S. *Aspectos práticos do delito de aborto*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. n. 9. Salvador, jan – dez de 2001.p.310.

Não se pode afirmar que o direito à vida é um direito absoluto sobre todos os outros, pois a solução de um hipotético embate entre o direito absoluto de uma pessoa e o direito absoluto de outra pessoa seria logicamente impossível²⁰⁶.

Esta interpretação é feita em razão de que a proteção conferida pela Constituição Federal ao feto tem uma intensidade menor do que a vida de alguém que nasceu. Isto pode ser observado com a capitulação do delito de homicídio (arts.121 a 124 do Código Penal), onde a pena para quem mata um homem já nascido é maior (de 06 a 20 anos) do que a auferida para o crime do aborto (de 01 a 03 anos). Deste modo, não há como colocarmos no mesmo patamar os direitos da mãe e do embrião²⁰⁷.

O doutrinador Sarmiento refere que a noção quanto à diferença entre o valor da vida intrauterina e de um ser já nascido é segundo este “fortemente arraigada no sentimento social – mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto.” Dessa maneira, esclarece seu entendimento trazendo o exemplo do aborto espontâneo, que, em sua opinião, “por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento.” Além disso, associando fundamentos científicos para alicerçar seu argumento, acrescenta que até a formação do córtex cerebral (esta somente ocorre no segundo trimestre de gestação) o feto não apresenta “capacidade mínima para a racionalidade”, e antes dessa fase, “o nascituro não é capaz de qualquer tipo de sentimento ou pensamento”, sendo este o ponto justificante para o autor quanto à diferença na valoração entre a vida humana dependente e o ser já nascido.²⁰⁸

Segundo 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; contudo, não se pode, 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 ponderações²⁰⁹.

²⁰⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao...*, p. 79. Acesso em: 18.04.14.

²⁰⁷ TESSARO, *Aborto, bem jurídico...*, p. 24. Acesso em 18.04.14

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel., *op. cit.*, p. 30-31.

²⁰⁹ ROXIN, Claus. *A proteção da vida...*, . Acesso em: 19 de abril de 2014. s/p.

Ao seu turno, os grupos denominados pró-vida²¹⁰ trazem à tona o fato de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como ‘Pacto de São José da Costa Rica’, no Congresso Nacional em 26/05/92, por meio da edição do decreto legislativo n.27, sendo que em seu art. 4º, inciso I, prevê que há direito à vida desde a concepção, tendo a seguinte redação “toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”²¹¹.

Ocorre que o dispositivo acima não pretendeu constituir nenhum dever de criminalização ao Poder Legislativo dos Estados associados, ao dispor que a vida deve ser protegida desde o momento da concepção, pois o controle repressivo do Direito Penal somente deve ser utilizado quando as demais formas de controle social forem ineficazes. E não se pode negar a existência de outros meios para se salvaguardar a vida intrauterina, como por exemplo, o planejamento familiar e o atendimento psicológico às gestantes. Assim, o Pacto de San José da Costa Rica “(...) não atribuiu um caráter absoluto ao direito à vida tomando-se a concepção como inflexível ponto de partida da pessoa humana. Note-se, de pronto, que há uma restrição a relativizar tal direito”²¹².

Em âmbito de tratados e conferências mundiais, cabe ressaltar duas conferências assinadas pelo governo brasileiro, que assentaram os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e que reconheceram que o aborto inseguro é um grave problema de saúde pública: A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo do ano de 1994, e a Quarta Conferência Mundial das Mulheres de Beijing, ocorrida no ano de 1995²¹³.

Os documentos gerados por ambas são diretrizes para ações governamentais na área da saúde sexual e reprodutiva, tendo o Brasil o compromisso de atingir as metas ali previstas, revisando, em âmbito interno, a legislação que pune as mulheres que se submetem à prática

²¹⁰ O movimento é conhecido internacionalmente como “pro-life” e são conhecidos pelas campanhas em prol da defesa da dignidade da vida humana, e principalmente conhecidos por sua oposição à prática do aborto induzido, mas atualmente, também abrangeram outros aspectos bioéticos tais como eutanásia, clonagem humana, pesquisas de células-tronco, e pena de morte. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pr%C3%B3-vida>>. Acesso em: 19 de abril 2014.

²¹¹ BINS, Rejane Maria Dias de Castro. *O aborto provocado é constitucional no Brasil?* Revista Cultura e Fé. Ano 29, nº 112. Porto Alegre, jan./mar. de 2006. p. 13.

²¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao...*, p. 84 Acesso em: 18 de maio de 2014.

²¹³ PIOVESAN, Flávia. (org.) *Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos*. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.p. 60.

do aborto ilegal²¹⁴. Ambas as conferências além de instigar o reconhecimento dos direitos das mulheres no campo da saúde sexual e reprodução, também deflagraram as violações de direitos humanos, principalmente quanto à gravidez não desejada²¹⁵. Entretanto, o que se constata, na prática, é a imobilidade tanto no campo jurídico-formal, quanto das políticas públicas.

Os filiados à ideia de que o aborto deve continuar sendo punido em nosso sistema penal, afirmam que a mulher não tem o direito de dispor sobre o seu próprio corpo quando grávida, pois o feto não faz parte do mesmo, por constituir-se um sistema biológico diverso²¹⁶. Ainda, a ponderação entre gerar uma vida e manter sua autonomia deve ser anterior à concepção, pois atualmente o nível de informação sobre os métodos contraceptivos já é suficientemente amplo²¹⁷.

Durante todo o transcurso da história da humanidade, observa-se que o corpo e a sexualidade da mulher sempre foram controlados e reprimidos, seja pela Igreja Católica, seja pela ligação da mulher ao espaço doméstico, com uma clara hierarquização entre os sexos. “O feminino sempre foi encarado como um ser inferior, desempenhando um papel secundário nas relações sociais”. Atualmente, porém, há uma grande mobilização por parte das mulheres em todo o mundo para ampliar a autonomia e a cidadania do sexo feminino igualando-as aos homens²¹⁸.

Como já explanado, a dignidade da pessoa humana pode entrar em conflito com a vida humana, revelando-se este no caso do aborto, sendo que os seguintes direitos fundamentais são atingidos ao ser priorizada a vida do feto sob os direitos das mulheres: a inviolabilidade da liberdade, a igualdade, a dignidade.

O direito à liberdade refere-se aos direitos reprodutivos e estes estão interligados aos direitos humanos e ao direito de decidir sobre o próprio corpo. A mulher, sob o ponto de vista bioético, deve optar pela maternidade por uma escolha pessoal, reconhecendo o início da vida humana em seu ventre, compromissando-se com a gestação, mas isto não deve ocorrer através

²¹⁴ GALLI, Maria Beatriz e MELLO, Maria Elvira Vieira de. *A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social*. Revista Juizes para a democracia. Ano 12, nº 44. São Paulo, dez. de 2007/ fev. de 2008.p.08.

²¹⁵ BARSTED, Leila Linhares. *Direitos Humanos e Descriminalização do aborto*. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.p.101.

²¹⁶ FERNANDES, André Gonçalves. *Aborto: aspectos jurídicos e políticos*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, v. 2, n. 9. São Paulo, setembro de 1999. p. 13

²¹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao...*, p. 81. Acesso em 18 de abril de 2014

²¹⁸ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.p.49, 54 e 62.

de uma imposição social, como se a gravidez fosse um acontecimento consumado e irreversível na vida de uma mulher²¹⁹. Em outras palavras, trata-se da autodeterminação sexual e reprodutiva, cabendo à mulher a última palavra sobre o momento em que exercerá a maternidade.

Isto origina o direito à liberdade sexual, permitindo à mulher não somente o direito de manter relações sexuais com quem tiver vontade, como também, de forma principal, confere-lhe a liberdade de ter relações sexuais desprovidas de todo propósito procriador²²⁰.

A Constituição Federal não incluiu um capítulo sobre os direitos reprodutivos, o que segundo Rulian Emmerick “(...) demonstra o conservadorismo da sociedade brasileira em associar reprodução e sexualidade à esfera familiar”. No artigo 226, parágrafo 7º²²¹, encontra-se a definição dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o mesmo estipula que os pontos ligados à reprodução devem ser decididos tanto pelos homens como pelas mulheres, sendo dever do Estado garantir os meios para tanto²²².

Não se pretende com a legalização do aborto a criação de método de planejamento familiar, mas sabe-se que os métodos contraceptivos, em especial os anticoncepcionais que estão disponíveis no mercado, são caros e necessitam de um acompanhamento médico, e que sejam aplicados exatamente na forma prescrita. Com isso, boa parte da população brasileira não tem acesso à contracepção. Ademais, “(...) o índice de falibilidade dos anticoncepcionais é grande, não sendo rara a ocorrência de gravidez indesejada em mulheres pertencentes à elite. O aborto é sempre o último recurso, nenhuma mulher escolhe passar por ele”²²³.

²¹⁹ SANTOS, Vanessa Cruz *et al.* *Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública*. Revista Bioética. Conselho Federal de Medicina. Programa de Pós-Graduação em Enfermagem e Saúde. Bahia, 2013.p.501.

²²⁰ TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico...*, p. 94. Acesso em 20 de abril de 2014.

²²¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 de abril de 2014.

²²² EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização...*, p. 86-87.

²²³ ELUF, Luiza Nagib. *Prática do aborto*. *Revista dos Tribunais*. v. 691. Maio de 1993.s/p. Disponível em <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6007a00000145e79288f5c2990b66&docguid=I31621060f25011dfab6f01000000000000&hitguid=I31621060f25011dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=1109&context=3&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6007a00000145e79288f5c2990b66&docguid=I31621060f25011dfab6f010000000000&hitguid=I31621060f25011dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=1109&context=3&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em 10 de maio de 2014.

Como acentua Luigi Ferrajoli, no momento em que se proíbe penalmente o aborto, cria a mulher uma obrigação, qual seja, a de ser mãe, tirando assim sua autonomia sobre o próprio corpo, reduzindo-a a instrumento de procriação. Também pondera:

Com a proibição do aborto, e com a conseqüente coacção penal para ser mãe, impõe-se à mulher, não tanto e não só que não aborte, como também um transtorno de vida incalculável: não só a gestação e o parto, como a renúncia a projectos de vida diferentes, a obrigação de tratar e manter o filho, em resumo, a imposição de uma espécie de servidão. Uma maternidade indesejada pode destruir a vida de uma pessoa: obrigá-la a parar de estudar ou de trabalhar, pô-la em conflito com a própria família, reduzi-la à miséria ou a não ser capaz de cuidar do seu sustento e do próprio filho²²⁴.

A Promotora de Justiça, Ângela Simões de Farias, afirma que o aborto não deveria ser estatal, tendo em vista que, no Brasil, a saúde pública não assegura as condições mínimas de sobrevivência da população em geral, não se podendo assim exigir que a mulher grávida tenha o filho de forma forçada, não oferecendo à mesma, condições básicas para a criação da criança como educação e saúde²²⁵. Conforme Norma Kyriakos, o aborto não é um método contraceptivo, sendo viável sua realização diante da ineficiência do sistema de atendimento integral à saúde da mulher, do planejamento familiar, incluindo o acesso às informações e aos métodos anticoncepcionais²²⁶.

A questão da autonomia reprodutiva em matéria de aborto já restou discutida em âmbito do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus. 84.025/RJ, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e que não teve o mérito julgado em razão da perda de objeto da ação. Nesse Habeas Corpus, que inaugurou na Corte o debate sobre a condição jurídica dos fetos anencefálicos, foi culminado, posteriormente, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. No HC, o referido Ministro ressaltou que os direitos reprodutivos da mulher são “(...) componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal...”, afirmando que assim, cabe à Corte garantir o seu exercício, conforme tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas²²⁷.

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre o direito e moral*. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 24, n. 94. Lisboa, abr./jun. 2003. p. 21.

²²⁵ FARIAS, Angela Simões de. *Uma proposta para a descriminalização do aborto*. Boletim IBCCRIM. nº 40. São Paulo, abril de 1996. p. 04.

²²⁶ KYRIAKOS, Norma Jorge. *Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 37. São Paulo, 1992. p. 24

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84.025/RJ*-. Relator Joaquim Barbosa, Brasília, 04 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 10 de maio de 2014.p. 27.

Outrossim, a interrupção voluntária da gravidez evolui sim a autonomia reprodutiva da mulher, com fundamento nos direitos à liberdade e à privacidade. Cada ser humano deve ter soberania sobre o seu próprio corpo “(...) e a máxima kantiana segundo a qual nenhum ser humano pode ser tratado como coisa”. Por muitos anos a mulher foi tratada apenas como um objeto para a reprodução, infelizmente constatando-se essa realidade ainda nos dias de hoje, assim são anos de luta pela liberdade dos corpos femininos²²⁸.

A lei além de proibir a interrupção voluntária da gravidez, ainda estipula uma obrigação, qual seja de a mulher ser mãe e suportar uma gestação indesejada, indo contra a todos os princípios liberais de Direito Penal²²⁹. Não restam opções, ou a gestante, ao contrariar o disposto na lei, se submete a um procedimento clandestino colocando em risco a sua saúde, ou a contragosto, mantém a gestação apenas um instrumento de procriação. A dignidade da mulher se perde no momento em que se afigura uma autoridade ampla e incontrolável sobre sua vida, no que tange ao poder de condená-la a manter a gestação de forma forçada.

Interessante transpor a posição de Maurílio Castro de Matos:

Na medida em que o feto depende da mulher até a 22ª semana, na medida em que não sobrevive fora do processo gestacional, esse não é um outro ser independente. Não há, até esse período, um outro ser, na sua totalidade acabado. Portanto, não existem dois interesses. Um (o feto) sem o outro (a gestante) não vive. Logo, a mulher que opta pelo aborto nesse caso não está sendo egoísta e nem está desrespeitando a liberdade do outro, uma vez que o outro não existe. Além disso é preciso entender a totalidade da vida em todas as suas dimensões. A mulher que se submete a um aborto em condições precárias – pois a sua criminalização não significa que ela deixará de fazê-lo, tendo em vista suas necessidades e razões – está colocando em risco sua vida. Deve-se lembrar que o aborto é sempre uma violência, ainda que os opositores à sua descriminalização afirmem que as mulheres o tratam como algo sem consideração moral²³⁰.

De outra banda, o direito da mulher à igualdade também é utilizado nas questões referentes à interrupção voluntária da gravidez, pois a vedação quanto à realização de um procedimento abortivo “(...) viola a igualdade entre os gêneros, na medida em que subjuga as mulheres, impondo a elas um ônus que em nenhum contexto se exigiria que os homens

²²⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao...*, p. 83 Acesso em: 18 de maio de 2014.

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A questão do...*, p.22.

²³⁰ MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do...*, p. 60-61.

suportassem”. Também é ferida a igualdade social, criando um desequilíbrio entre pobres e ricos²³¹.

Por mais que a Carta Magna tenha estipulado que homens e mulheres são iguais, observa-se a existência de diversas normas que foram elaboradas no passado, por uma maioria de homens com índole machista, e “(...) que implicam no congelamento ou até no aprofundamento da desigualdade entre gêneros”, como exemplo, tem-se justamente a legislação quanto ao aborto²³².

Segundo Danielle Ardaillon, o corpo das mulheres sempre foi controlado em razão de ser responsável pela reprodução. Isso representa um dos motivos para a dificuldade de algumas sociedades em aceitarem “(...) a autonomia de um indivíduo feminino sobre o processo de reprodução”. A ideia de permitir que a mulher controle sua fertilidade, ou que decida o momento de ser mãe, devolvendo a mesma o papel de ser apenas uma mulher, modifica as “(...) relações sociais entre os sexos”²³³.

A igualdade também deve ser construída pelo Estado Democrático de Direito para reduzir-se os desníveis sociais e econômicos existentes, promovendo a igualdade social, tendo em vista que são as mulheres, com condições financeiras baixas, as maiores vítimas da legislação hoje adotada no Brasil²³⁴. São estas que acabam se sujeitando a procedimentos abortivos sem assistência médica, que causam graves riscos a sua saúde, geralmente em razão de não terem condições econômicas para criar a criança, além das dificuldades com a educação sexual e acesso a meios contraceptivos. As mulheres com melhores condições financeiras têm a possibilidade de realizar o aborto em estabelecimentos com melhores condições de higiene e segurança²³⁵.

Esta descriminalização por estratos econômicos é chamada de “hipocrisia da lei”, pois quem possui condições financeiras de arcar com o tratamento, o realiza sem dificuldades²³⁶.

Neste ínterim, adentra-se em outro polêmico assunto envolvendo a interrupção da gravidez: a questão dos abortos clandestinos. Há quem acredite não ser este argumento idôneo para a descriminalização, pois nos países em que restou legalizado o aborto, não se observou

²³¹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto...*, p. 47.

²³² SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 47.

²³³ ARDAILLON, Danielle. *A insustentável ilicitude do aborto*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v 6, nº 22. São Paulo, abr./jun. de 1998.p.204.

²³⁴ MAVILA, Olga Espinoza; IKAWA, Daniela Ribeiro. *Aborto: Uma questão de Política Criminal*. Boletim IBCCRIM. Ano 9, nº 104. São Paulo, jul. 2001.p.04.

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. (org.) *Direitos Sexuais...*, p. 67.

²³⁶ ARDAILLON, Danielle. *A insustentável...*, p 199.

uma diminuição do aborto, como também há mulheres que não desejam publicidade quanto à sua gravidez²³⁷.

Alega-se, também, que se legalizassem o aborto em razão do grande número de abortos clandestinos, dever-se-ia descriminalizar, o furto, o homicídio, o tráfico de drogas, pois esses diariamente também ocorrem em grande número em nossa sociedade. Ocorre que, segundo esta corrente, “o costume *contra legem* não possui o condão de revogar uma lei penal, e a repetição de atos ilícitos da mesma espécie não traduz que esses comportamentos sejam socialmente aceitos, de modo a desvalorar o bem jurídico penalmente tutelado”²³⁸.

Porém deve ser analisado se o objetivo no qual se procura a criminalização do aborto está sendo atingido, se com a tipificação do abortamento como delito, se está protegendo efetivamente o bem jurídico no qual o Direito Penal se propôs tutelar, e ainda, se a legislação brasileira encontra-se em consonância com os parâmetros internacionais contemporâneos sobre o tema em questão.

Conforme abordado durante todo este terceiro capítulo, claramente denota-se que deve haver sim uma revisão e uma mudança na legislação punitiva do aborto, pois mesmo com a existência de uma proibição legal no Brasil quanto à prática abortiva - à exceção dos permissivos elencados no artigo 128 do Código Penal – observa-se que tais proibitivos não obstam a prática da interrupção voluntária da gravidez, sendo amplamente realizados abortos de forma clandestina.

Por se tratar de ato clandestino, em que pese o aborto constituir uma realidade crassa, é difícil conhecer o volume real de interrupções de gestação realizados no país. São raros os casos que chegam ao conhecimento do Poder Público, o que dificulta a materialização dos dados.

Todavia, através de pesquisas que se debruçaram sobre o assunto, e da fidelidade imposta entre médico e paciente, pôde-se obter alguns dados. Sob o prisma fático, no ano 2000, foi realizada uma estimativa do número de abortos clandestinos no Brasil, sendo que o resultado indicou um total (variável) de 750 mil a 1 milhão e 400 mil, considerando-se apenas

²³⁷ FERNANDES, André Gonçalves. *Aborto: aspectos...*, p. 14.

²³⁸ SALGE, Cláudia Aparecida. *Aspectos criminais do...*, p. 242.

os dados de internação do Sistema Único de Saúde (SUS), segundo o dossiê “Aborto Inseguro”, realizado pela Rede Feminista de Saúde²³⁹.

São irrisórios os casos em que mulher é condenada por ter interrompido voluntariamente a gravidez, em razão de que a maioria dos processos consistem em apenas inquéritos policiais arquivados por falta de indícios comprobatórios mínimos de autoria e materialidade delitiva. Isto evidencia o precipício existente entre a universalidade de delitos e as cifras oficiais, comprovando a inocuidade da ameaça penal. “Essa constatação autoriza a hipótese de que a sua punição não interessa realmente à sociedade”. Há grandes investimentos sociais na proibição – leis, polícia, prisões – aliados à mínima insistência na sua penalização de fato. O Estado persegue e maltrata, entretanto, não pune²⁴⁰.

O aborto inseguro no Brasil está entre as principais causas evitáveis de morte materna, configurando-se, mais especificadamente, como a terceira causa de morbidade e mortalidade da mulher brasileira. Juntando este panorama com as complicações de saúde derivadas desta prática, acaba-se por agravar a condição da mulher quanto à desigualdade social, econômica e ético-social ao acesso à saúde²⁴¹.

Como a prática abortiva é proibida, impede-se que a gestante, que possui a pretensão de interromper a gravidez, consulte um médico, tenha uma assistência psicológica ou até mesmo encaminhe-se a um hospital para a realização do procedimento. Diante disso, milhares de mulheres são forçadas a recorrer ao auxílio de medicamentos adulterados, métodos arriscados ou clínicas ilegais, sendo que estas não oferecem nenhuma condição de higiene ou até instrumentos adequados para realização do procedimento, sem nenhum tipo de orientação de um profissional da saúde qualificado, acabando assim por falecerem ou adquirirem graves sequelas (tanto físicas como psicológicas) em decorrência do abortamento.

Assim “(...) com a clandestinidade a que são submetidas as mulheres que decidem abortar, os riscos à sua própria vida e saúde – que a medicina moderna pode minimizar – são claramente potencializados”²⁴².

As principais pesquisas sobre o aborto desenvolvidas neste país demonstram que a ilegalidade da interrupção voluntária da gravidez acarreta consequências negativas para a

²³⁹ REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE E DIREITOS REPRODUTIVOS. *Dossiê Aborto Inseguro*. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/010.pdf>>. Acesso em 21 de abril de 2014. p. 08.

²⁴⁰ ARDAILLON, Danielle. *A insustentável...*, p.208/209.

²⁴¹ GALLI, A *descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social*, p. 08.

²⁴² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Descriminalizar é salvar vidas*. Boletim IBCCRIM, ano 13, nº 151. São Paulo, jun. de 2005 .p. 19.

saúde das mulheres, sendo que a permanência da criminalização não coíbe a prática e acaba, ademais, por perdurar a desigualdade social²⁴³. Segundo Silva Pimentel, existem estudos que demonstram, “(...) que a proibição legal do aborto possui uma (in)eficácia distorcida e perversa, não impedindo sua realização, mas, sim, impelindo-o à clandestinidade, o que provoca dor, doenças, e mortes em mulheres, muito especialmente pobres e negras”²⁴⁴. Diante disso, observa-se que a criminalização do aborto se manifesta de forma duplamente discriminatória: primeiro porque macula a autonomia e os direitos fundamentais das mulheres, e também porque afeta de maneira distinta as mulheres, de acordo os recursos econômicos que possuem.

Diante da grande procura por abortos ilegais, ocorreu a fomentação do desenvolvimento das clínicas clandestinas especializadas em aborto no mercado, as quais tornaram-se empreendimentos altamente lucrativos possibilitando o surgimento de uma rentosa indústria ilegal. Segundo o Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis, os valores cobrados em uma clínica variam de R\$ 1.500,00 a R\$ 3.500,00, que por óbvio excluem as mulheres que auferem uma baixa renda buscarem tais clínicas²⁴⁵. Essa é mais uma demonstração indiscutível de que as leis restritivas acerca da temática do aborto apenas deslocam o foco do problema para a clandestinidade, já que para atender demanda social em expansão, o desenvolvimento dessas clínicas ilegais é estimulado.

Assim, o aborto é uma questão de saúde pública e de cidadania. Afrontar esse fenômeno significa compreendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e “não como um ato de infração moral de mulheres levianas”²⁴⁶. Esta questão não engloba somente as gestantes, e sim, todas as mulheres brasileiras. Diante disso, precisa-se de um Estado laico que garanta os direitos humanos destas mulheres, pois é desumano não oferecer condições para abortar, tendo que as mulheres passarem por situações degradantes

²⁴³ DINIZ, Débora. *Aborto e Saúde Pública: 20 anos de pesquisa no Brasil*. Brasília, jan. de 2008. Disponível em <http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2014.

²⁴⁴ PIMENTEL, Silvia (org.). *Um pouco de História da Luta pelo Direito Constitucional à Descriminalização e à Legalização do Aborto: Alguns textos, Várias argumentações. Assim Temos Falado há Décadas. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 162.

²⁴⁵ REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis*. Belo Horizonte, 2005. Disponível em <<http://abenfo.redesindical.com.br/arqs/manuais/081.pdf>> Acesso dia 15 de maio de 2014.

²⁴⁶ DINIZ, *Aborto e Saúde Pública: 20 anos de pesquisa no Brasil*. Acesso em: 28 de abril de 2014.

diante de uma gravidez indesejada, em razão de a mulher não ter legalmente o direito sobre o seu próprio corpo²⁴⁷.

De todo o exposto, é possível concluir que a ordem jurídica nacional protege a vida intrauterina, entretanto, de forma mais débil do que a tutela assegurada à vida das pessoas nascidas. Outrossim, em situações particulares, é lícito que esta proteção ceda mediante uma ponderação de interesses, se configurado um conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a vida dependente. Ademais, por ser um processo gradual, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, considerando o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, devendo tal fator ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

O aborto inseguro representa uma tragédia social, sendo causa de um número elevado de mortes evitáveis. Assim, cabe ao Estado adotar medidas legislativas que visem à precaução das consequências graves “(...) na saúde reprodutiva e a vida das mulheres, garantindo condições legais e seguras para a realização do aborto no sistema nacional de saúde, em estabelecimentos públicos e privados, mediante lei descriminalize e legalize a prática”.

Nesse sentido, a adoção de um sistema combinando prazos e indicações, nos moldes do adotado por muitos países europeus, parece uma solução constitucional e bastante razoável. Destarte, para que não seja banalizado o recurso ao aborto, a legalização desta prática deve ser acompanhada de medidas administrativas relacionadas à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher.

3.2 A Lei nº 194/78 e a perspectiva italiana sobre o aborto

Percorridos anos de debate legislativo quanto à elaboração de uma nova normativa com relação à interrupção da gravidez na Itália, houve durante todo este período dois grupos extremados que lutaram para vigorar em uma lei os seus ideais. De um lado, quem pretendia uma liberdade completa para a mulher decidir sobre o seu corpo, e do outro, quem invocava uma tutela absoluta da vida do nascituro.

²⁴⁷ REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE E DIREITOS REPRODUTIVOS, *Dossiê Aborto Inseguro*. Acessado em 21 de abril de 2014.

Neste íterim de debates culturais, entre o dia 18 e 21 de maio de 1978, foi promulgada a lei nº 194 com o título “Normas para a tutela social da maternidade e sobre a interrupção voluntária da gravidez” – “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza” -. Com a presente lei, o aborto na Itália passou a não ser mais perseguido pelo Estado italiano. A presente regulamentação, em seu cerne, respeitou substancialmente a autodeterminação da mulher. A mesma restou aprovada de forma definitiva no dia 22 de maio de 1978, no Senado italiano, com 160 votos a favor e 148 votos contra, sendo publicada na “Gazzeta Ufficiale”, restando assinada por importantes expoentes democratas da época como o presidente do Conselho Giulio Andreotti, e Ministra da Saúde Tina Anselmi²⁴⁸.

O legislador optou na presente lei, por uma solução eclética, estipulando que dentro dos noventa primeiros dias de gestação (período calculado a partir da concepção), a mulher possui a possibilidade de realizar o procedimento abortivo sob a condição que lhe convier. No sucessivo período, seria reservado para a prática do aborto somente em situações específicas, como para salvar a vida da gestante ou para evitar algum risco para a sua saúde física ou psíquica.

Para enfrentar esta delicada tarefa, a lei nº 194 estipulou em seu artigo primeiro, três princípios fundamentais que devem nortear a interrupção da gravidez em todas as suas etapas, quais sejam: a garantia do direito a procriação consciente e responsável, o reconhecimento dos valores sociais da maternidade e a tutela da vida humana desde o seu início²⁴⁹.

Observa o doutrinador italiano Giuseppe Spagnolo que diferentemente de outros países que descriminalizaram o delito do aborto, a Itália procurou em sua lei regulamentadora da prática abortiva, tutelar juntamente a vida do feto. O doutrinador elucida que a liberalização da prática abortiva também serve como meio de aproximar a coletividade da mulher que decidiu interromper a gravidez, isto se dando com a intervenção familiar e médica, através de conselhos e períodos de reflexão, para que a gestante repense sobre a sua decisão e tenha plena certeza da escolha correta para si²⁵⁰. Assim, a lei italiana procurou

(...) tutelar a liberdade da mulher, mas juntamente a essa e com essa quer tutelar – embora em modo diverso e certamente em um modo mais tênue em respeito ao

²⁴⁸ SCIRÈ, Giambattista. *L’aborto in Italia. Storia di una legge*. Pearson. Milão: Torino, 2008.p.171-172.

²⁴⁹ Articolo 1 comma 1 “Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio.” ITÁLIA. Lei nº 194, de 22 de maio de 1978. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁵⁰ SPAGNOLO, Giuseppe. *Studio sull’interruzione della gravidanza*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão, anno XXXVI, 1993.p.1273.

passado – também o produto da concepção. Há uma mudança de perspectiva: de uma orientação que tutelava somente o feto, e que em uma visão pessimista entregava tal tutela para a repressão penal, se substituiu uma ordenação que tutela principalmente a liberdade da mãe, mas que procura também prevenir e evitar a interrupção da gravidez através de um processo de promoção cultural, refutando, em uma esfera um tanto íntima e delicada da pessoa, imposições e intervenções coercitivas, não obstante o fato de facilmente ludibriado^{251 252}.

O artigo 4º da lei nº 194 estabelece um amplo rol de situações em que a gestante pode requerer a interrupção da gravidez, desde que este pedido ocorra nos primeiros noventa dias, período este contado do momento da concepção. Seriam as seguintes opções: quando a gestante encontrar-se em uma situação na qual a gestão da gravidez, ou parto ou ainda a maternidade constituírem um risco para a sua saúde física ou psíquica; outra motivação para o requerimento seria em relação ao seu estado de saúde, ou quanto à sua condição econômica, social ou familiar, e incluindo-se por último, as situações em que se sabe que o feto possui algum tipo de má formação. Para ser autorizada a realizar o procedimento abortivo, a gestante deverá encaminhar-se a um consultório público, ou alguma outra estrutura privada na região ou até mesmo a um médico de confiança como um ginecologista²⁵³.

O procedimento sucessivo é apresentado no artigo 5º da Lei nº 194²⁵⁴, onde é função obrigatória dos médicos, ao atender uma gestante com interesse em interromper com a sua

²⁵¹ “Il nostro ordinamento vuole dunque tutelare la libertà della donna, ma insieme ad essa e con essa vuole tutelare – seppure in modo diverso e certamente in modo più tenue rispetto al passato – anche il prodotto del concepimento. Vi è un cambiamento di prospettiva: ad un orientamento che tutelava solo il concepito, e che in una visione pessimistica affidava tale tutela alla repressione penale, si sostituisce un ordinamento che tutela principalmente la libertà della madre, ma che cerca anche di prevenire ed evitare interruzioni della gravidanza attraverso un processo di promozione culturale, refutando, in una sfera così íntima e delicata della persona, imposizioni ed interventi coercitivi, peraltro di fatto facilmente eludibili”. ITÁLIA. Lei nº 194, de 22 de maio de 1978. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁵² SPAGNOLO, Giuseppe. *op. cit.* p.1273.

²⁵³ Artigo 4: “Per l’interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell’articolo 2 lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sociale a ciò abilitata dalla regione, a un medico di sua fiducia. ITÁLIA. Lei nº 194, de 22 de maio de 1978. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁵⁴ Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall’incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto. Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell’esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l’interruzione della

gravidez, fazer com que ela repense de modo objetivo, as razões que a induziram a tomar tal decisão, sugerindo a mesma possíveis soluções, se assim se apresentar possibilidade de fazê-lo, sempre respeitando a dignidade da mulher e a sua privacidade. Este é um dos pontos da lei em que se pode observar a preocupação do legislador em proteger juntamente o feto, pois procura fazer com que a mulher não tome uma decisão precipitada, e sim, tenha plena consciência das consequências e das possibilidades de solucionar, se existente, o problema que gerou a pretensão de interromper com a sua gravidez.²⁵⁵

Se verificada uma situação emergencial, o médico deverá, de forma imediata, entregar à gestante um certificado, com o qual esta poderá se apresentar em uma das sedes autorizadas e realizar a intervenção. Se esta situação emergencial não se verificar, o médico, no final do encontro, deve entregar à gestante um documento atestando a sua gravidez e seu requerimento pela interrupção da gravidez. Somente após sete dias, a mulher pode se apresentar em qualquer local autorizado para realizar a interrupção da gravidez, portando tão somente o documento anteriormente entregue pelo médico. Estes sete dias de espera é o tempo dado à gestante para repensar sua decisão.²⁵⁶

Portanto, nestes primeiros noventa dias, a decisão deve ser tomada unicamente pela gestante, que após uma pausa para reflexão, realiza o procedimento abortivo somente se continuar compreendendo ser o mesmo conveniente, dentre a sua real situação saúde, psíquica, ou até mesmo financeira.

Há um importante detalhe a ser ressaltado, o fato de o pai da criança somente poder ser ouvido na consulta se a mulher consentir. Existe quem acredite que tal limitação fere o valor constitucional da unidade da família. No entanto, a Corte Constitucional, ao se manifestar sobre o tema, afirmou que tal norma resultou-se de uma escolha político-legislativa de considerar a mulher a única responsável quanto à decisão de abortar ou não, pois é ela que

gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie. Quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza. Con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza. Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate. ITÁLIA. *Lei n° 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁵⁵ SPAGNOLO, Giuseppe. *op. cit.* p.1273.

²⁵⁶ ITÁLIA. *Lei n° 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

está carregando o feto. Mesmo com a manifestação da Corte, este tema ainda continua sendo controverso dentro da sociedade italiana²⁵⁷.

Se a interrupção dolosa da gravidez for realizada sem a observação de qualquer um dos preceitos estipulados no artigo 5º, o indivíduo responsável deverá restar punido, conforme o artigo 19º²⁵⁸, com reclusão de três meses, e a gestante, inculda nesta mesma situação, deve ser punida com uma multa em um valor já estipulado pela própria lei. Segundo Giuseppe Spagnolo²⁵⁹, “o artigo 19, parágrafos 1º e 2º fazem provir à ilicitude penal não do esquecimento dos pressupostos substanciais, mas da inobservância das prescrições procedimentais”²⁶⁰.

Decorridos os noventa dias da concepção, somente pode ser autorizada a interrupção da gravidez por um profissional da saúde, não cabendo mais tal decisão à gestante. Assim, passa-se de uma liberalização praticamente total do aborto, a uma disciplina de indicações que, com o passar dos dias, vai reduzindo-se gradativamente.

Segundo o artigo sexto da Lei nº 194²⁶¹, o aborto pode ser autorizado nestas circunstâncias exclusivamente para evitar perigo de vida para a mãe e quando forem estabelecidos processos patológicos, incluindo os relacionados a anomalias e má formação do nascituro, que criam um grave perigo para a saúde tanto psíquica como física da mulher.

A lei estabelece ainda que no caso de existir a possibilidade de vida autônoma do feto, a interrupção da gravidez somente pode ocorrer se a gravidez ou o parto constituírem um risco de vida para a gestante. Este regramento encontra-se disposto no parágrafo 3º do artigo 7º da Lei nº 194²⁶², devendo o médico nestas situações adotar todas as medidas idôneas para resguardar a vida do feto.

²⁵⁷ FLAMIGNI, Carlo. *L'aborto: storia e attualità di un problema sociale*. Bolonha: Pendragon, 2008.p.62.

²⁵⁸Articolo. 19 “Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8, è punito con la reclusione sino a tre anni. La donna è punita con la multa fino a lire centomila”. ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁵⁹ “L'art. 19, commi 1 e 2, fa discendere l'illiceità penale non dalla mancanza di presupposti sostanziali, ma dall'inosservanza di prescrizioni procedimental”. ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁶⁰ SPAGNOLO, Giuseppe. *Studio sull'interruzione...*, p.1275.

²⁶¹ Articolo 6 “L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati rocessi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.” ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁶² Articolo 7 “Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto” ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

As punições mais graves estão previstas para quem dolosamente pratica o aborto posteriormente aos noventa primeiros dias de gestação, ao descumprir as modalidades previstas no artigo 7º, sendo que o indivíduo que a causa resta punido com uma pena de um a quatro anos e mulher é punida até seis meses de reclusão²⁶³.

A lei disciplina também os casos de gestante ser menor de dezoito anos e quando a mulher foi interdita. No primeiro caso, quando ultrapassados os noventa dias, será aplicado a menor de dezoito anos o mesmo tratamento aplicado no artigo 7º, independente de quem exerce a paternidade ou tutela, em razão da garantia médica. Se ainda encontrar-se nos primeiros noventa dias, abrem-se duas possibilidades, conforme o artigo 12º²⁶⁴, a primeira somente leva em consideração a vontade da menor quando o médico certificar a urgência do aborto em razão de um grave perigo à saúde da gestante. Conforme Giuseppe, não basta um sério perigo como o disposto no art. 4º, também se faz necessário que este perigo seja grave, com uma relevante possibilidade de dano à mulher²⁶⁵. Se não for verificada nenhuma destas hipóteses, é necessário integrar a vontade da menor o assentimento de quem exercita a paternidade ou a tutela, ou ainda se for necessário, a autorização do judiciário.

É previsto no artigo 13º a interrupção da gravidez para os casos em que a mulher foi interdita em razão de alguma enfermidade mental. Neste caso, para a realização do procedimento abortivo, o pedido pode ser realizado pelo seu tutor ou por seu marido (que não seja também tutor nem sejam separados legalmente), ressaltando-se que o pedido deverá, nestas condições, ser confirmado pela interdita. De outra banda, se for a própria interdita

²⁶³ Articolo 19 comma 3 “Se l’interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l’accertamento medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell’articolo 6 o comunque senza l’osservanza delle modalità previste dall’articolo 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi.” ITÁLIA. *Lei n° 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁶⁴Articolo 12 La richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna. Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l’interruzione della gravidanza è richiesto lo assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all’articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza. Qualora il medico accerti l’urgenza dell’intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall’assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l’esistenza delle condizioni che giustificano l’interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d’urgenza l’intervento e, se necessario, il ricovero. Ai fini dell’interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano anche alla minore di diciotto anni le procedure di cui all’articolo 7, indipendentemente dall’assenso di chi esercita la potestà o la tutela. ITÁLIA. *Lei n° 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁶⁵ SPAGNOLO, Giuseppe. *Studio sull’interruzione...*, p.1280.

que demonstrou o interesse de interromper a gravidez, ou ainda seu esposo, o tutor deverá ser ouvido, antes da realização de qualquer procedimento. O médico que receber o pedido deverá, em sete dias, apresentar ao tribunal a situação e este, após analisar o caso, em outros cinco dias, deverá decidir se permite ou não a realização do procedimento abortivo. Neste caso, não importa se o pedido foi realizado nos primeiros 90 dias ou posteriormente, pois deve-se atentar a particular situação da gestante interditada, sempre submetendo a decisão final para o tribunal.

Importa, neste momento, fazer algumas observações críticas quanto a presente lei, iniciando com a questão prevista no art. 9º²⁶⁶, denominada de objeção de consciência. Considera-se uma pessoa objetora de consciência quando, por motivos de ordem filosófica, ética, moral ou religiosa, decide por não cumprir alguma ordem específica²⁶⁷. Este direito é reservado para os profissionais da saúde, e no caso da Lei nº 194 permite que médicos, enfermeiros não realizem o procedimento abortivo se acreditarem que tal ato fere, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, ou ainda, atenta contra a vida.

A objeção é guiada pelo princípio da liberdade de consciência, garantindo assim um direito de expressar a opinião, e assim deixar de cumprir a ordem emanada pela lei, em razão de suas convicções pessoais. Diante disso, a objeção exonera os profissionais da saúde de procederem as ações diretamente necessárias para interromper com a gravidez. Mas a

²⁶⁶ Articolo 9º “Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l’interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell’obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dello ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall’entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall’assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l’esecuzione di tali prestazioni. L’obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale. L’obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l’interruzione della gravidanza, e non dall’assistenza antecedente e conseguente all’intervento. Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall’articolo 7 e l’effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l’attuazione anche attraverso la mobilità del personale. L’obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro ersonale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo. L’obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto, immediato, se chi l’ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l’interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente.” ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

²⁶⁷ ABORTO.COM. *Objecção de consciência*. Disponível em: <<http://www.aborto.com/objeccao.htm>> Acesso dia 07 de abril de 2014. s/p.

assistência anterior ao procedimento abortivo, o médico, enfermeiros e até assistentes não podem se eximir²⁶⁸.

O número de ginecologistas objetores na Itália supera os 70%²⁶⁹. Diante desta realidade, criam-se condições que colocam a saúde de diversas mulheres em risco, pois a gestante acaba se sujeitando a um maior tempo de espera para a realização da interrupção da gravidez, optando, em certas ocasiões, por realizar o aborto em uma clínica clandestina, ou ir a outro país tentar mais rapidamente ser atendida. Quanto mais tempo uma gestante aguarda pelo procedimento abortivo, mais chances de depois de realizado este, a mesma sofrer efeitos colaterais desfavoráveis²⁷⁰.

Segundo Carlo Flamigni, a cláusula de objeção apenas se justificava quando a Lei nº 194 entrou em vigor, pois os médicos católicos, ou apenas aqueles que eram contrários ao aborto voluntário, restaram surpresos com o novo regramento, sendo que no momento em que optaram por seguir a carreira médica, não havia tal lei para sopesar sua decisão²⁷¹.

Há quem afirme que a lei em seu âmago é contraditória, pois estabelece que a mulher possui o direito de interromper a gravidez, e assim de ter o serviço prestado em hospitais públicos, mas por outro lado, a lei indica instrumentos para se autos sabotar, como é o caso da objeção de consciência. A partir disso, encara-se a objeção não como uma manifestação da consciência, e sim, como uma omissão do serviço público. Atualmente, os profissionais da saúde italianos, quando optam por laborar neste meio, o fazem sabendo da existência da Lei nº 194, e se optam por desenvolver suas atividades em um hospital público, a garantia do aborto entra como uma de suas obrigações profissionais, não podendo-se mais utilizar-se da objeção para se eximir a realizar a interrupção da gravidez²⁷².

Divergindo desta posição, há quem acredite que, mesmo passados trinta e seis anos da criação da lei, a objeção de consciência deve permanecer como uma opção aos médicos que diante de suas concepções morais, não quiserem realizar um procedimento abortivo na gestante que lhes procurar, mesmo que profissionais de hospitais públicos.

O número de abortos realizados na Itália é um dos mais baixos de todo o mundo. Conforme Chiara Lalli:

²⁶⁸ FIDES VITA. *L'obiezione di coscienza del medico*. Disponível em <http://www.fidesvita.org/articoli-vari/lobiezione-di-coscienza-del-medico.html> Acesso em 10 de abril de 2014. s/p.

²⁶⁹ LALLI, Chiara. *Aborto: l'obiezione di coscienza e il diritto negato*. Micro Mega. set. de 2013. <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/aborto-1%E2%80%99obiezione-di-coscienza-e-il-diritto-negato/>> Acesso em 23 de abril de 2014.

²⁷⁰ FLAMIGNI, Carlo. *L'aborto: storia...*, p.69.

²⁷¹ FLAMIGNI, Carlo. *op. cit.* p.70.

²⁷² LALLI, Chiara. *Aborto: l'obiezione...*, Disponível em <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/aborto-1%E2%80%99obiezione-di-coscienza-e-il-diritto-negato/>> Acesso em 23 de abril de 2014.

Segundo dados oficiais, no ano de 2012 as interrupções voluntárias da gravidez foram 105.958: diminuiu 4,9% em comparação ao 111.415 de 2011. A diminuição é mais evidente se se considera que no ano de 1982 foram realizados 234.801 Ivg, com uma diminuição de 54,9%; A taxa de abortos, quer dizer o numero de interrupções voluntárias de gravidez por 1.000 mulheres entre os 15 e os 49 anos, durante o ano de 2012 é de 7,8 para 1.000, com uma diminuição de 1,8% em comparação ao ano de 2011 e de 54,7% em comparação ao ano de 1982. É um dos valores mais baixos dos países industrializados^{273 274}.

As mulheres que mais frequentemente realizam a interrupção da gravidez voluntária na Itália são as casadas (62%); de idade entre 25 a 34 anos (45,1%), com um ou mais filhos (66,6%) e com instrução média inferior (46,7%)²⁷⁵.

A Itália, depois de diversos anos da publicação da Lei nº 194/78, diante de uma sociedade diversa daquela na qual o contexto da lei foi gerado, novamente, durante os últimos anos, vem discutindo sua legalidade, principalmente diante do expressivo número de médicos objetores. O que dificulta o debate é que a lei acaba sendo utilizada como instrumento político e religioso, criando debates agressivos sobre o tema, gerando uma divisão no país, que certamente sob nenhum ponto de vista é positivo, criando ao mesmo tempo uma crise política, econômica e cultural extremamente grave²⁷⁶.

Diante de uma cultura arraigada à religião católica, após muitos anos de modificações em áreas como da biotecnologia, apresenta-se normal questionar-se uma lei que nunca deixará de estar atrelada a posições conflituosas. Ocorre que as discussões devem versar sobre como se pode solucionar tais questões. Requer-se uma disseminação maior de informação para os jovens quanto aos problemas e dificuldades da contracepção, o aumento da distribuição de medicamentos que preveem a gravidez, como os anticoncepcionais, e métodos preventivos, procurando sempre melhorar o sistema sócio sanitário. Induvidoso é que, com a lei, o número de abortos fatalmente diminuiriam no país.

²⁷³ “Secondo i dati ufficiali, nel 2012 le interruzioni volontarie di gravidanza sono state 105.968: sono diminuite del 4,9 per cento rispetto alle 111.415 del 2011. La diminuzione è più evidente se si considera che nel 1982 sono state eseguite 234.801 Ivg, con un decremento del 54,9 per cento. Il tasso di abortività, cioè il numero di interruzioni volontarie di gravidanza per 1.000 donne tra i 15 e i 49 anni, nel 2012 è di 7,8 per 1.000, con un decremento dell’1,8 per cento rispetto al 2011 e del 54,7 per cento rispetto al 1982. È uno dei valori più bassi dei paesi industrializzati.” .” ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 20 de abril de 2014.

²⁷⁴ LALLI, Chiara. *Aborto: l’obiezione...*, Disponível em <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/aborto-1%E2%80%99obiezione-di-coscienza-e-il-diritto-negato/>> Acesso em 23 de abril de 2014.

²⁷⁵ SPAGNOLO, Giuseppe. *Studio sull’interruzione...*, p.1291.

²⁷⁶ SCIRÈ, Giambattista. *L’aborto...*, p.273/281.

Diante do sistema italiano de prazos e indicações, importa compreendê-lo um pouco mais, visando entender se o mesmo poderia ser aplicado pelo legislador brasileiro quanto ao aborto.

3.3 Sistema de prazo e Sistema de indicações

Na questão do aborto, há, em nível jurídico, dois sistemas: o sistema de indicações e o sistema de prazo, sistemas esses que podem, sem dúvida, conviver desde que haja adequada configuração redacional.

No atual Código Penal, o sistema que rege os casos permissivos de interrupção da gravidez é o denominado sistema de indicações, que leva em conta o esquema regra-exceção. A regra, segundo este sistema, é a criminalização do aborto, já a exceção constitui causa de exclusão de ilicitude. O legislador costuma indicar as hipóteses nas quais o aborto é havido como lícito, tais como nos casos as elencados no art. 128 do CP: o aborto terapêutico (médico ou necessário) e o aborto ético (resultante de violação ou abuso sexual ou do emprego não consentido de técnica de reprodução humana)²⁷⁷.

Inobstante, o sistema de prazo defende a interrupção da gravidez consentida nos três primeiros meses, ainda que não motivada pela gestante, mas desde que realizada por um médico. A linha de demarcação entre a permissão e a proibição do aborto deve ser traçada, tendo em vista o momento em que ele venha a ser realizado²⁷⁸. “O modelo de prazos emerge, assim, como um notório desiderato revisionário e harmonizante. Situa-se no entreposto da consolidação dos direitos da mulher e do dever de proteção objetiva do nascituro”²⁷⁹.

Conforme Romeo Casabona, o prazo de doze semanas marca a separação biológica entre embrião e feto, bem como permite que a mulher reflita com atenção se deseja manter a gravidez ou abortar devido a motivos de cunho financeiros, ligados à saúde pessoal²⁸⁰. Com esse sistema, o embrião não fica privado de qualquer proteção jurídica, pois esta pode ser

²⁷⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao...*, Acesso em 24.04.14.p.77.

²⁷⁸ INSTITUTO BRASILEIRO..., *op. cit.*p.77

²⁷⁹ BRAGA, Vinicius Gil. Aborto, bem jurídico..., 95.

²⁸⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994 p. 296. *Apud* TESSARO, Anelise. *Aborto, Bem Jurídico...*, p. 104. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=602> acessado em 29.04.14.

oferecida por meios diversos do direito penal, como, por exemplo, o assessoramento prévio e obrigatório da gestante por um médico, conforme conferido pela lei italiana.

Durante o período de três meses, a interrupção da gravidez oferece menos riscos para a vida e a integridade da gestante. Juntamente, o critério dos prazos também tem o condão de igualar todas as mulheres, sem distinção de categorias sociais ou econômicas, facultando a todas a opção ou não pela manutenção da gestação, priorizando assim a liberdade pessoal e a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais das mulheres de autodeterminação²⁸¹.

Duas críticas relevantes são realizadas quanto a este último sistema. A primeira seria que a legalização do aborto se transformaria em um método habitual de controle de natalidade, fazendo com que a mulher abandone outros meios preventivos da gravidez. Ocorre que a interrupção voluntária da gestação não pode ser encarada dessa forma, pois nenhuma mulher decide abortar como decide situações banais de sua vida, pois o abortamento representa um sofrimento, que não envolve somente ela, mas sua família, não somente aquele dia, mas uma vida inteira que pode mudar a partir de sua decisão²⁸².

Representando o movimento das mulheres, Silva Pimentel afirmou que a luta pela legalização do aborto não se faz em razão de ser este um bem em si, mas sim, por entender que “(...) o Estado não tem o direito de considerar criminosa uma mulher pelo fato de ela haver decidido pela interrupção de uma gravidez que não pode suportar. (...) Quero simplesmente dizer que ninguém é levado a isso por motivos superficiais”²⁸³.

O segundo argumento refere-se que, durante o prazo de doze semanas, o embrião restaria completamente desprotegido. Ocorre que esta assertiva não possui sustentação diante de que a proteção do embrião “está assegurada em nível administrativo, pela criação de um sistema de assessoramento ou outros métodos dissuasórios para a mulher grávida, como medidas socioeconômicas de suporte à grávida e à mãe”²⁸⁴. Assim, esta proteção acaba sendo mais efetiva e vantajosa do que a oferecida em âmbito penal.

A Itália combinou equilibradamente o sistema das indicações com o sistema de prazos, juntando a ambos um adequado aconselhamento médico-social. Segundo Luigi Ferrajoli,

²⁸¹ FRANCO, Alberto Silva. *Algumas Questões sobre o Aborto*. Disponível em: < http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradoreito/informacoes_gerais/AbortoAlbertoSilvaFranco.pdf >. p. 48/49. Acesso em 29 de abril de 2014.

²⁸² FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.* p.49.

²⁸³ PIMENTEL, *Um pouco de História da Luta pelo Direito Constitucional à Descriminalização e à Legalização do Aborto: Alguns textos, Várias argumentações*, p. 163.

²⁸⁴ TESSARO, *Aborto, bem jurídico...*, p. 105. Acesso em 29 de abril de 2014

O que o direito pode fazer, e que a lei italiana fez em relação ao problema do aborto, é apenas estabelecer uma convenção que, no respeito do pluralismo moral e portanto da possibilidade de cada um fazer as suas próprias opções morais, defina os pressupostos perante os quais a questão deixe de ser apenas moral. A convenção estipulada pela Lei nº 194, de 22.5.1978, estipula um prazo de três meses, salvo casos excepcionais, para a interrupção voluntária da gravidez. Não porque três meses signifiquem algo no plano biológico, mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir à mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e, também, a sua dignidade como pessoa²⁸⁵.

Diante disso, a legislação italiana optou pelo sistema de prazos com relação às primeiras doze semanas da gestação, concedendo à gestante liberdade para decidir se deseja manter a gravidez, ou realizar um procedimento abortivo, ponderando suas razões pessoais para tanto. Ultrapassados estes três meses, adotou-se o sistema por indicação, sendo que a lei declinou as situações em que a mulher poderia realizar o aborto. Esta mudança é feita em razão que, após ultrapassado este prazo, o embrião completa o processo biológico e se converte em feto. Também, justifica-se tal mudança de sistema em razão de já ter-se dado à gestante tempo suficiente para refletir quanto sua atual situação.

Por derradeiro, essa decisão deve ter acompanhamento do sistema de saúde, com um auxílio médico, para que a gestante opte com segurança. Ademais, o procedimento em si deve ser garantido por hospitais públicos, com agilidade e preservação de sua imagem. Em conjunto, deve-se aumentar o acesso a métodos anticoncepcionais e ter políticas públicas voltadas ao planejamento familiar.

²⁸⁵ FERRAJOLI, *A questão do embrião entre o direito e moral*, p. 15.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado neste trabalho de conclusão, pode-se aferir que o Código Penal de 1940, todavia vigente, no tocante ao aborto, demonstra-se superado, tanto pela época em que foi formulado, visto que o referencial cultural do Brasil há setenta e quatro anos é completamente distinto da realidade societária atual, como também, e principalmente por isso, por não ter ponderado em nenhum momento os direitos fundamentais garantidos a gestante.

A vida do nascituro e os direitos fundamentais à saúde, privacidade, autonomia reprodutiva e igualdade da mulher são direitos fundamentais relevantes, que devem ser protegidos. O produto da concepção é tutelado sim pela Constituição Federal, mas conforme declinado durante a pesquisa, com uma intensidade menor do que a vida de alguém já nascido, sendo assim considerado como pessoa em potencial, com isso sua proteção não é uniforme durante a gestação, aumentando progressivamente enquanto o produto da concepção se desenvolve, diante de que nas primeiras semanas, o feto não apresenta capacidade mínima de racionalidade e possibilidade de viver fora do útero materno.

O Estado Democrático de Direito, em razão de seu caráter laico e pluralista, não pode criminalizar um ato somente em razão de ser tratado como imoral, como também exige do mesmo que retire da sociedade apenas o mínimo de seus direitos e liberdades, o equivalente apenas para o seu indispensável funcionamento.

Conforme visto no primeiro capítulo, o aborto restou criminalizado em sua forma voluntária, apenas permitindo a realização da interrupção da gravidez nos casos em que em decorrência de estupro a mulher restar grávida e nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante. Mais recentemente, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Supremo Tribunal Federal inovou ao permitir a realização de aborto quando identificado o feto ser um natimorto cerebral, quer dizer, ser considerado um feto anencéfalo.

Ocorre que, a legislação repreensiva brasileira não tem impedido que diversas mulheres busquem práticas clandestinas e/ou inseguras para abortar, fato que coloca em risco a vida destas gestantes.

E mais, a presente criminalização está ferindo crassamente os direitos das mulheres, fazendo com estas os sacrifiquem em prol do direito a vida intrauterina. O direito a vida não é

axiologicamente superior aos outros direitos fundamentais previstos na Carta Magna, diante disso merecendo o mesmo valoração.

A saúde da mulher acaba por ser lesada com a proibição da realização de abortos voluntários diante de que a sanção penal impede a interrupção por meros riscos à saúde ou danos psicológicos advindos da gestação. Posto isso, a mulher deve ter direito ao livre exercício da sexualidade e a opção de querer ou não prosseguir com uma gestação, cabendo ao Estado fornecer além de educação, atendimento psicológico e acesso para mulher a meios anticoncepcionais, também deve proceder à interrupção voluntária da gestação por médico habilitado e pela rede pública de saúde.

A mulher deve ter a plena liberdade sobre o seu próprio corpo, compreendendo a decisão de manter ou não uma gestação. O corpo da mulher não pode mais ser tratado como uma coisa, simples portador de uma pessoa em potencial, um útero a disposição da sociedade. Ela deve ter o direito de decidir sobre o mesmo. Essa decisão, com certeza será uma das decisões mais importantes de sua vida.

O aborto caracteriza-se como o único caso em nossa legislação em que se penaliza a omissão, no caso, a de não querer ser mãe. Pois se a mulher interrompe com a sua gravidez, enquadra-se nos dispositivos no do Código Penal (arts. 124 a 127), e conjuntamente a lei obriga a gestante a manter com a sua gravidez, mesmo não a querendo. Conforme Dworkin é verdadeiramente uma escravização parcial, uma privação de liberdade. Hoje não é mais aceito que o legislador ignore a autonomia reprodutiva da mulher quando trata-se do aborto.

Conjuntamente, a permanência desta legislação ofende o princípio da igualdade no momento em subjuga as mulheres, pois em nenhum momento exige-se que os homens suportem um ônus neste nível, aprofundando assim as desigualdades existentes entre os gêneros. As diferenças sociais e econômicas se sobressaem com a criminalização do aborto, pois claramente são ínfimas as mulheres que possuem condições de realizar um abortamento em clínicas adequadas, mas já a grande maioria deve se submeter a clínica sem a menor condição.

Assim, o aborto é uma questão de saúde pública e de cidadania, tendo em vista a ineficácia da tutela penal, também em razão do grande número de mulheres que ao praticar de forma clandestina, acabam com diversas complicações físicas e/ou ainda falecendo.

Justo por todos estes motivos acima delineados é que deveria haver a descriminalização do aborto. Com isso, a interrupção voluntária da gravidez deveria perder o

seu caráter criminal. No presente caso, deveria ocorrer o processo de descriminalização por ato do legislativo, havendo assim o reconhecimento social e legal do aborto.

Esta deve seguir os parâmetros da Lei nº 194/78 da Itália, estipulando um sistema conjugado de prazos e indicações. Com isso o aborto voluntário deve ser permitido a mulher nos noventa primeiros dias da gestação quando a gestação da gravidez, o parto ou ainda a maternidade constituírem um risco para a sua saúde física ou psíquica, também justificar-se-ia o procedimento quanto ao estado de saúde materno, ou quanto a suas condições financeiras, sociais ou familiares e também quando o feto possuir algum tipo de má formação. Depois de ultrapassado este período, somente poderá ser autorizada a realização de um procedimento abortivo, quando o médico observar uma das seguintes circunstâncias: para evitar perigo de vida para a mãe e quando forem estabelecidos processos patológicos, incluindo os relacionados a anomalias e má formação do nascituro.

A lei italiana ponderou o direito fundamental da vida intrauterina, com os direitos fundamentais da gestante, relevando o fato de a proteção ao produto da concepção ir aumentando com o progresso da gestação, respeitando que nos três primeiros meses, o feto ainda não possui capacidade de viver fora do ventre materno, como também de ter qualquer tipo de emoção.

Importante se faz no Brasil, conforme é feito na Itália, a implementação da semana de reflexão oferecida para a gestante após a primeira consulta com o médico. Este período tem como objetivo fazer com que a gestante reflita, após conversar com um profissional da saúde, sobre a sua escolha, para que tenha consciência de toda a repercussão que a mesma pode se dar sobre sua vida.

Imperioso é analisar a lei italiana, pois há muitos anos a mesma foi implementada no país, diante disso, pode-se extrair tanto o que resultou benéfico em sua sociedade como também aprender com os erros. E com certeza o caso abrange a objeção de consciência. Hoje na Itália, conforme abordado do terceiro capítulo, representam um número muito pequeno os hospitais que oferecem para as mulheres italianas o serviço de interrupção da gravidez, diante de que muitos médicos se recusam a realizar o procedimento alegando a objeção de consciência. Ocorre que, quando tratamos de saúde pública, e como no Brasil os procedimentos abortivos deverão ser realizados pelo Sistema Único de Saúde, para assim atingir toda a sociedade igualmente, não pode constar na lei brasileira de descriminalização do aborto a possibilidade dos médicos não realizarem o aborto por não aceitarem sua prática.

Deve ser pelo menos obrigatório que médicos que trabalhem em hospitais públicos realizem a interrupção da gravidez, pois ao contrário, se concretizará a realidade italiana em terras brasileiras. Diante disso a lei não pode conferir uma arma para se auto sabotar.

Ademais, deve ser realizado um forte trabalho extra-penal, para evitar a banalização de sua prática. Isto deverá ocorrer, não somente após a implementação de uma lei descriminalizadora, mas sim de forma imediata. No que consistiria? Em educar as pessoas desde jovens quanto à sexualidade, a como manter relações sexuais seguras, quanto ao planejamento familiar, e também fortalecendo, principalmente na base societária, a proteção da mulher abrangendo todos os seus direitos.

Hoje a sociedade está cega de um moralismo e um padrão religioso que a prática abortiva é um pecado. Diante disso, devemos ter políticas públicas para que todos tenham conhecimento sobre o tema, tanto quanto as discussões sobre o início da vida, mas principalmente das implicações sociais do aborto clandestino, possibilitando o acesso a informações válidas quanto às vantagens para toda a sociedade da descriminalização do aborto.

No Brasil, observa-se atualmente uma tentativa de alargamento das hipóteses de excludentes de ilicitude previstas no art. 128 do Código Penal, mas que estão sendo fortemente barradas e criticadas. Em âmbito brasileiro, esta tentativa já é um grande passo para implementação de mudanças, e a colocação novamente em foco do debate quanto à descriminalização do aborto.

Com isso, irrefutável é que a nossa legislação é retrograda quanto à interrupção voluntária da gravidez, devendo não somente ampliar o rol de permissivos, mas sim ser a descriminalizada a interrupção da gestação, passando a ser considerada uma questão de políticas públicas, sem negligenciar a proteção da concepção, mas também passando-se a proteger e valorar os direitos fundamentais das mulheres, que até então foram “esquecidos” pelo legislador brasileiro. Diante disso, que a legislação italiana sirva de parâmetro para a implementação de uma nova normativa no Brasil quanto ao aborto, valorando os aspectos positivos e negativos que se mostraram naquele país, buscando assim uma aproximação concreta do que se refere e significa afirmar ser um Estado Democrático de Direito, assumindo que o aborto é sim um fato social existente.

REFERÊNCIAS

- ABORTO.COM. *Objecção de consciência*. Disponível em: <<http://www.aborto.com/objeccao.htm>> Acesso dia 07 de abril de 2014.
- ARDAILLON, Danielle. *A insustentável ilicitude do aborto*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v 6, nº 22. São Paulo, abr./jun. de 1998
- ALLEGRETTI, Carlos Artidório. *Revisão Crítica do conceito do Crime de aborto: a busca de um consenso possível*. Revista Jurídica. ano 53, nº 334. Porto Alegre, agosto de 2005.
- ALTALEX. *Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*. Codice penale, Libro II, Titolo X. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36772> > Acesso em 30 de março de 2014.
- ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Belém: Unama, 1999.
- AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini. *O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.
- BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale mínimo per una teoria dei diritti umani come ogetti e limiti della legge penale*. Dei Delitti e delle pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. v. 3, n 3. Bolonha, set e dez de 1985.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARSTED, Leila Linhares. *Direitos Humanos e Descriminalização do Aborto*. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Algumas palavras sobre descriminalização*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, 13/14. jan./jun. 1974.
- _____. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 6ª ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.
- _____. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 15ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.
- _____. *Tratado de Direito Penal. Parte especial 2 – dos crimes contra a pessoa*. 12ª ed. rev.ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- _____. PRADO, Luiz Régis *Princípios Fundamentais do Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 15. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60>

07a00000144a3df4619d7750ddc&docguid=I927c32d0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I927c32d0f25111dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=347&context=18&startChunk=1&endChunk=1. Acesso 15 de março de 2014.

BINS, Rejane Maria Dias de Castro. *O aborto provocado é constitucional no Brasil?* Revista Cultura e Fé. Ano 29, nº 112. Porto Alegre, jan./mar. de 2006.

BONFIM, Edilson Mougenot e CAPEZ, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 2004.

BRAGA, Vinícius Gil. *Aborto, Bem Jurídico e Política Criminal: reflexões acerca da legitimidade da intervenção penal no direito brasileiro*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2007.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18.04.14

BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código Penal*. Brasília, DF, 18 de junho de 2012. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em 18 de abril de 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão Temporária de estudo da reforma do Código Penal*. Relator: Pedro Taques, 2013. <<http://www.pedrotaquesmt.com.br/uploads/downloads/Relatorio-do-senador-Pedro-Taques-ao-Novo-Codigo-Penal.pdf>> Acesso em 18.04.14

BRASIL. *Código Penal*. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 05 de maio de 2014.

BRASIL. *Código Penal* Decreto-Lei No 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Questão de Ordem,- Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS*. Relator Marco Aurélio, Brasília, 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 08 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84.025/RJ*. Relator Joaquim Barbosa, Brasília, 04 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 10 de maio de 2014.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4º ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CANESTRI, Francisco. *Los Procesos de Descriminalización desde un punto de vista Criminológico*. Estudos Jurídicos: Revista da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio Sinos – São Leopoldo. Vol. VI nº 14 1975.

CAPELLO, Paola. *La crisi della legge e certezza del diritto*. Disponível em <<http://www.tecnichenormative.it/draft/cappello1.pdf>> acesso em 15.03.2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. v. 1. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

_____. *Curso de Direito Penal*– parte especial. 12º ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6º ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *O processo de criminalização: Perspectiva Interdisciplinar A cerca das Ciências Criminais na Sociedade Complexa*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2003.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COGAM, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. *Abortamento: breves considerações à luz da dignidade da pessoa humana*. Revista Imes do direito. v 9, n 15. São Caetano do Sul, jul./dez. 2008.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 50. São Paulo, set/out, 2004.

COSTA, Antônio Manuel de Almeida. *Aborto e Direito Penal: Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez*. Lisboa: Ordem Dos Advogados, 1984.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto. Universidade Católica Portuguesa. 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*. v. 3 – parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *O aborto no projeto do Código Penal*. Revista do Tribunal da Magistratura. Caderno de doutrina. São Paulo, maio-junho 1998.

DARGÉL. Alexandre Ayub. *Princípio da lesividade, garantismo e direito penal mínimo*. Revista de Estudos Criminais. v.1, n 2. Porto Alegre, 2001.

DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 7ª ed. rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. 1997.

DINIZ, Débora. *Aborto e Saúde Pública: 20 anos de pesquisa no Brasil*. Brasília, jan. de 2008. Disponível em http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf Acesso em: 28 de abril de 2014.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituizione e politica dei bene giuridici*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. v 37. Milão, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ELUF, Luiza Nagib. *Prática do aborto*. Revista dos Tribunais. v. 691. Maio de 1993.s/p. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145e79288f5c2990b66&docguid=I31621060f25011dfab6f010000000000&hitguid=I31621060f25011dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=1109&context=3&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em 10 de maio de 2014.

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Angela Simões de. *Uma proposta para a descriminalização do aborto*. Boletim IBCCRIM. n° 40. São Paulo, abril de 1996.

FAYET, Ney. *A crise da pena e a descriminalização*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. V. 11. Ano IV novembro 1977.

FERNANDES, André Gonçalves. *Aborto: aspectos jurídicos e políticos*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, v.2, n.9. São Paulo, setembro de 1999.

FERNANDES, Maíra Costa.(org.) *Interrupção de gravidez de feto anencéfalo: uma análise constitucional. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre o direito e moral*. Revista do Ministério Público de Lisboa. Lisboa, v. 24, n. 94, abr/jun. 2003.

FIANDACA, Giovanni. *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. v. 25. Milão 1982.

FIDES VITA. *L'obiezione di coscienza del medico*. Disponível em <<http://www.fidesvita.org/articoli-vari/lobiezione-di-coscienza-del-medico.html>> Acesso em 10 de abril de 2014.

FLAMIGNI, Carlo. *L'aborto: storia e attualità di un problema sociale*. Bolonha: Pendragon, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Algumas Questões sobre o Aborto*. Disponível em <http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/informacoes_gerais/AbortoAlbertoSilvaFranco.pdf> Acesso em 29.04.14.

GALEOTTI, Giulia. *Storia dell'aborto: farsi un'idea*. Milão: Il Mulino, Kindle edition, 2010.

_____. *Dagli anni Cinquanta ad oggi (1951-2011): Pierobon Gigliola*. Disponível em: <<http://www.150anni.it/webi/index.php?s=60&wid=2005>> Acesso em 30 de março de 2014.

GALLI, Maria Beatriz e MELLO, Maria Elvira Vieira de. *A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social*. Revista Juízes para a democracia. Ano 12, nº 44. São Paulo, dez. de 2007/ fev. de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material*. Revista dos Tribunais. v. 854. Dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000145de390abf0e0d40d7&docguid=I4d21ae90f25111dfab6f010000000000&hitguid=I4d21ae90f25111dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=910&context=3&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em 08 de maio de 2014.

_____. *Caos Normativo penal: consolidação das leis ou descriminalização?* Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/830-Artigo:-Caos-normativo-penal:-consolidacao-das-leis-ou-eskriminalizacao>> Acesso em: 18 de março de 2014.

_____. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Descriminalizar é salvar vidas*. Boletim IBCCRIM, ano 13, nº 151. São Paulo, jun. de 2005.

GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal*. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. v. 2. nº 03. Cuiabá, jul/dez de 2007.

HULSMAN, Louk H. C.. *Descriminalização*. Revista de Direito Penal. nº 9/10. Rio de Janeiro. jan/jun 1973.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. V. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Comentários ao relatório do Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf> Acesso em 18.04.14.

ISHIDA, Válder Kenji. *Curso de Direito Penal*. 2ª ed. – parte geral e especial. São Paulo: Editora Atlas. 2010.

ITÁLIA. *Lei nº 194, de 22 de maio de 1978*. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - parte especial* –v. 2. 16ª. rev.atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

KYRIAKOS, Norma Jorge. *Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n.37. São Paulo, 1992.

LALLI, Chiara. *Aborto: l'obiezione di coscienza e il diritto negato*. Micro Mega. set. de 2013. <http://temi.repubblica.it/micromega-online/aborto-l%E2%80%99obiezione-di-coscienza-e-il-diritto-negato/> Acesso em 23 de abril de 2014.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2º ed. rev.aumen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività: tra codificazione e previsione costituzionale*. L'Indice Penale. v. 06, n° 1. Pádua. jan/abr, 2003.

MANZANERA, Luis Rodrigues; MENDES, Nelson Pizzotti. *O enfoque criminológico da descriminalização*. Revista Justitia. ano XXXVIII. v. 95. São Paulo, 4º Trimestre de 1976.

MARTINS, Roberto Vidal da Silva. *Aborto no direito comparado: uma reflexão crítica*. A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre, 1999.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. vol. 2 – parte especial. 4º ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Método. 2008.

MATOS, Maurílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. São Paulo: Almedina, 2010.

MAVILA, Olga Espinoza; IKAWA, Daniela Ribeiro. *Aborto: Uma questão de Política Criminal*. Boletim IBCCRIM. Ano 9, n° 104. São Paulo, jul. 2001.

NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE. *Anencephaly Information*. Disponível em <<http://www.anencephaly.net/anencephaly.html>> Acesso em 08 de maio de 2014.

NETO, Eugenio Facchini. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 2º ed. Campinas: Millennium, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *O Princípio da Intervenção Mínima na ótica da Ciência Total do Direito Penal*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11069&revista_caderno=3> acesso em 12 de março de 2014.

PALAZZO, Francesco. *Bene Giuridico e Tipi di Sanzioni*. L'indice Penale. ano XXVI, n° 2. Pádua: Cedam. mai/ago de 1992.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 18 de março de 2014.

PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão*. 2º ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 02. 2ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PIMENTEL, Sílvia. *Um pouco de História da Luta pelo Direito Constitucional à Descriminalização e à Legalização do Aborto: Alguns textos, Várias argumentações. Assim Temos Falado há Décadas. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. (org.) *Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

PRADE, Péricles Luiz Medeiros. *Descriminalização e despenalização: brevíssima abordagem jurídico penal.* Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

PRIORE, Mary Lucy Del. *A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto.* Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/442/325> Acesso em 06 de novembro de 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral.* 9ªed. Salvador. JusPodivm. 2013.

RAMOS, Ana Flávia Jordão. *Conteúdo da despenalização do consumo de entorpecentes como alternativa à tendência de expansão penal desarrazoada.* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3326.pdf>> Acesso em: 18 de março de 2014.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê Aborto Inseguro.* Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/010.pdf>> Acesso em 21 de abril de 2014.

_____. *Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis.* Belo Horizonte, 2005. Disponível em <http://abenfo.redesindical.com.br/arqs/manuais/081.pdf> Acesso dia 15 de maio de 2014.

REIS, Dagma Paulino dos. *Aborto: a polêmica interrupção voluntária ou necessária da gravidez. Uma questão criminal ou de saúde pública?* Revista dos Tribunais. ano 83. vol 709. novembro de 1994.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime n° 70050379775, da 6ª Câmara Criminal.* Relator João Batista Marques Tovo. Porto Alegre 06 de dezembro de 2012. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/> Acesso em: 19 de março de 2014.

ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal.* Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134. Acesso em 15 de novembro de 2013.

SALGE, Cláudia Aparecida. *Aspectos criminais do aborto.* Revista Jurídica UNIJUS. v 08, n 9. Uberaba, nov. de 2005.

SANTOS, Lycurgo de Castro. *Direito Penal e aborto.* Revista dos Tribunais. v. 712. Fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000145dc10d66f3ba76d02&docguid=I590046a0f25011dfab6f010000000000&hitguid>>

=I590046a0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=910&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em 08 de maio de 2014.

SANTOS, Mauricio Macedo dos; SEGA, Viviane Amaral. *Análise do Princípio da insignificância após a edição da Lei 9.099/95*. Disponível em: <www.ibccrim.com.br> Acesso em 15 de março de 2014.

SANTOS, Vanessa Cruz *et al.* *Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública*. Revista Bioética. Conselho Federal de Medicina. Programa de Pós-Graduação em Enfermagem e Saúde. Bahia, 2013.

SARMENTO, Daniel.(org.) *Legalização do Aborto e Constituição*. Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCIRÈ, Giambattista. *L'aborto in Italia: storia di una legge*. Milão: Pearson, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Bem Jurídico e a Constituição Federal*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.v.1, nº 1. Porto Alegre, ago/set de 2004.

SILVA, Ana Cláudia. *Políticas de (des)criminalização*. Dissertação. Curitiba. 2008. <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/18292/ANA%20CLAUDIA%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1>> acesso em 18 de março de 2014.

SILVA, Antonio Claudio Macedo. *Descriminalização Judicial*. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador. V. 21. Jan/dez 1995.

SILVA, Edilson Freire. *Vida Humana e o crime de abortamento*. Mestrado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Direto. São Paulo. 2010. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136775.pdf>> Acesso em 15.04.14.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

SILVEIRA, Filipe Coutinho. *Sobre a criminalização de condutas e a proibição de venda de armas e munições*. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/8149-Artigo:-Sobre-a-criminalizacao-de-condutas-e-a-proibicao-de-venda-de-armas-e-municoes>>. Acesso em 07 de março de 2014.

SEVERINO, Fernanda Grossi. *Bem Jurídico e Direito Penal: reflexões sobre a criminalização e os seus limites*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.v.14, nº 80. Porto Alegre. jun/jul, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2004.

SPAGNOLO, Giuseppe. *Studio sull'interruzione della gravidanza*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão, anno XXXVI, 1993.

TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2006. Disponível em http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=602 Acesso em

THE WORLD'S ABORTION LAWS. disponível em <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap_2011.pdf> Acesso em 05 de maio de 2014.

VARELA, Maíra Silveira da Rocha Nowicki. *O princípio constitucional da intervenção penal mínima*. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/312011.pdf>> Acesso em 15 de março de 2014.

VEGA, Maria Santana. *Diritto penale mínimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*. Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale. Bolonha, 2000. Tradução feita por Antonio Cavaliere.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa S. *Aspectos práticos do delito de aborto*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA. n. 9. Salvador, jan – dez de 2001.

WIKIPEDIA. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Aut%C3%B3lise>> Acesso em 30.04.14

ZANFFARONI, Eugenio Raúl. *Função da criminologia nas sociedades democráticas*. Fascículos de Ciências Penais. Ano 2. v. 2. Nº. 11. novembro de 1989.

_____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 01 – parte geral. 7. ed. rev.atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZANONI, Péricles Jandyr. *Sociedade Moderna, Direito Penal Clássico e Descriminalização*. Disponível em <<http://www.uniandrade.br/revistauniandrade/index.php/revistauniandrade/article/view/1/1>>. Acesso em 15.03.2014.