

A NOVA PERSPECTIVA SOBRE A INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DO FUNCIONALISMO PENAL**NEW PERSPECTIVE CONCERNING THE VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY UNDER THE STANDPOINT OF CRIMINAL FUNCIONALISM****RVD**

Recebido em

18.02.2021

Aprovado em.

03.03.2021

Renan Azevedo Leonessa Ferreira¹**RESUMO**

Na atualidade tem se verificado intenso debate acerca da criminalização do aborto, o que reverberou no Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442. Por meio desta pesquisa, visa-se trazer uma nova abordagem para as hipóteses de interrupção voluntária da gravidez, para além de uma muito aventada ponderação entre o direito de autonomia da mulher e a vida do embrião/feto. A partir de uma ótica do funcionalismo penal, busca-se utilizar avanços médico-científicos para uma delimitação dinâmica e normativa do bem jurídico tutelado. Ademais, a partir de um alinhamento político-criminal, sob a ótica de subsidiariedade e fomento das finalidades preventivas do direito penal, é proposta a atipicidade da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras doze semanas após a fecundação, desde que precedida de devido acompanhamento estatal, na esteira legislativa moderna adotada na seara internacional.

Palavras-chave: Aborto. Funcionalismo penal. Política criminal.

ABSTRACT

Nowadays there is an intense debate concerning the criminalization of abortion, fact that has reverberated into the Supreme Court in the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442. In this research, one aims at bringing a new perspectiva to cases of voluntary interruption of pregnancy, beyond the usual ponderation between the woman's autonomy and the life of the embryo/phoetus. From a standpoint of the criminal funcionalism, one seeks medical-scientific foundations in order to obtain a dynamic and nortmative delimitation of the protected legal interest. Furthermore, through a criminal policy alignment, considering subsidiarity and the preventive goals of criminal law, it is suggested the non criminalization of

¹ Mestrando em Direito Penal (PUC-SP). Especialista em Direito Penal e Criminologia (PUC-RS). Especialista em Direito Médico (Uniamérica). Graduado em Direito (USP). E-mail: renanalf@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4890-2508>. Endereço acadêmico: Rua Monte Alegre, n.º 384, Perdizes, São Paulo/SP, CEP: 05014-901.

voluntary interruption of pregnancy in the first twelve weeks of pregnancy, provided that there is a thorough statal analysis, in the same direction of international community.

Keywords: Abortion. Criminal funcionalism. Criminal policy.

1. INTRODUÇÃO

O aborto, ora abordado sob a ótica de interrupção voluntária da gestação, consiste em uma das principais questões de política pública e política criminal do país. Há intensos debates acerca de sua criminalização que permeiam toda a sociedade. Mais recentemente, verificou-se a legalização do aborto na Argentina, quando praticado dentro de 14 semanas.

O problema ora tratado pende de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal por força da ADPF n.º 442 (BRASIL, 2017). Até o momento três Ministros se manifestaram favoravelmente à descriminalização da interrupção voluntária da gestação realizada dentro do período de 12 semanas a partir da fecundação. O raciocínio adotado até o momento lastreia-se na ponderação de direitos – por um lado, a autonomia e dignidade da mãe e, por outro, a vida do feto -, o que confere contornos complexos e pouco claros ao sopesamento de direitos fundamentais.²

Em que pese o mérito do resultado que se trilha com esse julgamento, a solução proposta neste trabalho busca trazer um alinhamento político-criminal funcionalista, compatibilizando-se os preceitos essenciais da subsidiariedade e da teoria dos fins da pena para se evitar excessiva constitucionalização do direito penal, de modo a resgatar os preceitos fundamentais das ciências criminais para o crime de aborto.

No primeiro capítulo, será efetuada uma abordagem jurídica acerca das práticas criminalizadas de interrupção voluntária da gravidez, traçando-se o bem jurídico tutelado e as hipóteses de excludentes de ilicitude vigentes no ordenamento. No capítulo seguinte, será traçada a importância da ótica funcionalista como paradigma de adaptação normativa à sociedade de risco atual e de alinhamento às finalidades

² Podem emergir situações complexas de ponderações. A título exemplificativo, o sopesamento entre autonomia da gestante e a vida de três ou mais fetos poderá conduzir a soluções diversas.

político-criminais, reforçando-se o papel do direito penal na proteção subsidiária de bens jurídicos e as finalidades da pena no Estado Democrático de Direito. No terceiro capítulo, será elaborado um perfil político-criminal acerca da prática de aborto no país, a fim de se propor uma abordagem funcionalista e reformulação do bem jurídico tutelado, abstendo-se da tipificação da interrupção voluntária da gravidez em determinadas hipóteses.

2. BREVE ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DAS MODALIDADES DE CRIMINALIZAÇÃO DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ

O Código Penal de 1940 tipifica quatro modalidades de interrupção da gravidez: aborto provocado (artigo 124, primeira parte), aborto consentido (artigo 124, segunda parte), aborto sofrido (artigo 125) e aborto consensual (artigo 126). Neste trabalho, será dado enfoque às práticas consentidas de aborto, porquanto o artigo 125, do Código Penal, apresenta violação a mais de um bem jurídico, ferindo a autonomia da gestante e frequentemente causando-lhe lesões.³ Nesse contexto, como o aborto consensual se aplica ao terceiro que pratica o aborto com consentimento da gestante, em exceção à teoria monística de coautoria, será dedicada especial atenção ao artigo 124, do Código Penal, voltado à gestante, sendo o raciocínio apresentado extensível ao artigo 126 desse diploma.⁴

O Código Penal data de 80 anos, de modo que foi elaborado em época com costumes, hábitos e cultura atinentes à sua época. Nesse lapso temporal, não se alteraram apenas os valores sociais mas, sobretudo, os avanços tecnológicos. Assim, atualmente a medicina possui aptidão para delimitar com precisão as fases de

³ Logo, foca-se em hipóteses nas quais a gestante é considerada sujeito ativo da conduta.

⁴ Doravante, a expressão “aborto” será utilizada exclusivamente sob o aspecto de “interrupção voluntária da gravidez”, abarcando-se o artigo 124, do Código Penal.

desenvolvimento do embrião/ feto,⁵ bem como sua viabilidade extrauterina. (BITENCOURT, 2014, p. 164).

No crime de aborto, o bem jurídico tutelado consiste na vida do ser humano em formação. Embora não se trate propriamente de crime contra a pessoa, tampouco há de se falar de mera expectativa de vida ou parte do organismo materno, pois recebe tratamento autônomo da ordem jurídica.⁶

Na atual concepção do Código Penal, o aborto consiste na interrupção da gravidez no período compreendido entre a concepção (mais precisamente, com a nidação do embrião)⁷ e o início do parto. Assim, não basta mera expulsão prematura do feto, sendo necessária sua morte para a consumação do delito (BITENCOURT, 2014, p. 166). Se há morte do nascituro após iniciadas as manobras de parto, tratar-se-á de homicídio ou infanticídio.

O artigo 124, do Código Penal, tipifica a prática de aborto pela própria gestante (“autoaborto”), bem como o aborto praticado por terceiro mediante consentimento, consistindo ambas as condutas em crimes de mão própria (apenas podem ser praticadas apenas pela gestante).

Há três hipóteses de excludentes, duas das quais previstas no Código Penal: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto necessário ou terapêutico, artigo 128, I), ou “se a gravidez resulta de estupro” (aborto humanitário ou ético, artigo 128, II, CP). Pela via jurisprudencial, no julgamento da ADPF n.º 54, o Supremo Tribunal Federal também entendeu pela legalidade do aborto em caso de feto anencéfalo (BRASIL, 2012).

3. O FUNCIONALISMO PENAL COMO PARADIGMA DA SOCIEDADE (DE RISCO) MODERNA

⁵ Em termos médicos, está a se falar de embrião até a oitava semana pós-concepção. A partir da nona semana, adquire a denominação de feto.

⁶ Nesse sentido, o Código Civil assegura direitos do nascituro desde a concepção (artigos 1609, 1611 e 1799).

⁷ Daí porque a ingestão da pílula do dia seguinte não configura aborto, tendo em vista que, apesar da formação do zigoto, este ainda não se aderiu à parede do útero.

O Código Penal pátrio foi elaborado em 1940, sob influência do causalismo e finalismo penais. Passados mais de 80 anos desde sua elaboração, impõe-se a reformulação da teoria geral do delito, à luz dos postulados funcionalistas.

O pensamento pós-finalista, denominado funcionalismo, emergiu na década de 1970 a partir de diversas críticas tecidas pela doutrina sobre as insuficiências do finalismo de Welzel. Por um lado postulou-se a insustentabilidade do modelo finalista ao se lastrear em uma estrutura lógico-objetiva da ação final. Para além das críticas tecidas sobre delitos culposos e omissivos, convém ponderar a inadequação da fundamentação meramente ontológica conferida a institutos jurídicos, de modo que se mostrava essencial o acréscimo de juízos valorativos (SOUZA, 2019, p. 110).

Ademais, com os avanços tecnológicos sem precedentes, houve profundas mudanças na sociedade, com impactos notáveis sobre a realidade social na nova sociedade de risco, assim denominada por BECK (2010).

A partir dessas constatações, o funcionalismo penal, notadamente em sua vertente teológico-racional, cujo principal expoente é Claus Roxin, busca traçar uma inter-relação da dogmática com a política criminal, com vistas à consecução dos reais fins da pena e em consagração à dignidade humana como vetor essencial. (SOUZA, 2019, p. 111)

Nessa linha, Roxin não busca simples legitimação da intervenção penal, mas um sistema aberto que visa a solucionar problemas sociais na sociedade de risco de modo mais correto e flexível, escorado em balizas garantistas e político-criminais. Isso tudo ocorre dentro de bases normativas, levando-se em consideração a consequência fundamental do direito penal, qual seja, a pena (SOUZA, 2019, p. 112).

Deve-se notar, assim, que apesar da importância do desenvolvimento da teoria geral do delito, esta encontra uma forte herança do positivismo, que retira dimensões sociais e políticas da esfera jurídica. Como postula Roxin (2002, p. 40-42), essa repartição estanque do Direito Penal se opõe a um diálogo com a política criminal. Como decorrência lógica, faz-se imprescindível uma vinculação entre as decisões político-criminais e a fundamentação do sistema penal, de modo que não haja

contradição, mas uma unidade sistemática a fim de perpetrar a missão do ordenamento jurídico de liberdade, paz e justiça social (ROXIN, 2002, p. 50-51)

Em síntese, pode-se apontar como finalidade do direito penal, conforme defendido pelo professor de Munique, a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais por meio da prevenção de delitos.

O conceito de bem jurídico se relaciona a interesses sociais fundamentais, atrelado à “finalidade de preservação das condições individuais necessárias para uma coexistência livre e pacífica em sociedade, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito de todos os direitos humanos” (BITENCOURT, 2013, p. 349).

Um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente apenas pode derivar de princípios do Estado de Direito, sob as balizas constitucionais asseguradoras da liberdade do indivíduo. Por conseguinte, os bens jurídicos são:

circunstâncias dadas ou finalidades úteis ao indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins e para o funcionamento do próprio sistema (ROXIN, 1997, p. 55-56).

Em razão disso, não se pode exigir o cumprimento de normas que não sirvam ao livre desenvolvimento do indivíduo ou à capacidade funcional de um sistema baseado em princípios liberais. Como consectário lógico, finalidades puramente morais não causam lesão ao bem jurídico: sua proibição é nociva ao ordenamento por criar conflitos sociais desnecessários e estigmatizar pessoas socialmente integradas (ROXIN, 1997, p. 56).

Essa concepção é normativa, porém não é estática, pois dentro do marco das finalidades constitucionais está aberta às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico. (ROXIN, 1997, p. 57).

Nesse esteio, a partir da noção de bem jurídico se depreende o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o é proscria ao direito penal intervenção excessiva sobre a vida do indivíduo, tolhendo sua autonomia. Nesse esteio, a lei penal não pode ser compreendida como *prima ratio* para a solução de conflitos sociais, de modo que,

se o bem jurídico puder ser protegido por outro meio menos gravoso, deve-se abster de conferir à conduta lesiva o caráter delitivo (ROXIN, 1997, p. 57-58). Do contrário, a criminalização da conduta poderá acarretar em banalização da punição, ou mesmo torná-la ineficaz, quer porque reiteradamente violada pelos destinatários da norma, quer porquanto não aplicada pelos órgãos estatais responsáveis por sua manutenção (NUCCI, 2019, p. 86). A excessiva utilização da via penal conduz ao seu descrédito, bem como a um Estado de terror penal, em violação às garantias individuais.

Uma vez que o Direito Penal deve servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, apenas assim se pode orientar a sanção penal. Por esses motivos, dentre as teorias justificadoras da pena, merece guarida a vertente limitadora da teoria preventivo-geral positiva, em que se estabelecem balizas para o poder punitivo estatal no Estado de Direito. Busca-se, por meio da criminalização de condutas, uma conscientização coletiva acerca da importância da norma.

No entendimento de Roxin (1997, p. 91-92), há três principais efeitos da teoria geral positiva limitadora, em regra inter-relacionados: aprendizagem por meio de motivação sociopedagógica dos indivíduos; reforço da confiança no direito penal; pacificação social, almejando solução ao conflito deflagrado com o delito. Nesse sentido, “a prevenção social não se reduz à adaptação, senão pode ser compreendida como forma de uma relação humana com o desvio, como proposta de co-responsabilização social face aos delinquentes” (HASSEMER, 2005, p. 426).

Por se constatar uma violação à dignidade humana com a finalidade preventivo-especial negativa, em um Estado Democrático de Direito deve-se acrescentar apenas sua vertente positiva, em busca de integração do indivíduo delinquente, levando-o a compreender a importância daquela norma tutelada. Segundo Roxin, a prevenção especial positiva cumpre com a função do Direito Penal, pois estabelece proteção do indivíduo e da sociedade, e simultaneamente busca a auxiliar o autor: não expulsá-lo ou marcá-lo, mas integrá-lo.

Segundo Roxin (1997, p. 103), a partir de uma teoria unificadora dialética, há foco na prevenção especial no tocante à execução da pena, conferindo-se primazia à ressocialização em observância ao postulado da dignidade humana. A finalidade geral preventiva é mais marcante em momento prévio e abstrato de cominação, todavia, domina, por si só, caso não haja qualquer finalidade de prevenção especial, visando ao reforço da confiança da sociedade na validade do Direito. Nesse contexto, aponta o professor de Munique a necessária contribuição oriunda da teoria retributiva da pena, rechaçando-a como fundamentação da pena, porém impondo uma baliza máxima necessária às finalidades preventivas.⁸

Atento à crise de legitimidade dos fins da pena na atualidade, Silva Sánchez propõe uma conjugação de fatores para um Direito Penal legítimo na atualidade. Para tanto, sustenta o autor que, para além da eficácia da pena as finalidades preventivas ora explanadas, é necessário que o direito penal acarrete em um mal menor do que aquele que busca evitar (logo, o mal causado pela pena deve ser inferior ao mal gerado pela prática delitiva), sempre se pautando pelo postulado da subsidiariedade (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 289). Disso se depreende a importância do princípio da proporcionalidade, devendo o Direito Penal se orientar pela estrita proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais (SOUZA, 2019, p. 444-445), afastando-se ulteriores interpretações de cunho moral ou utilitarista, suscetíveis a manobras governamentais de viés autoritário.

Por conseguinte, em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito penal alinhado ao funcionalismo, no Estado democrático de direito, possui as seguintes características: a) visa à proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, sem tolher excessivamente a autonomia individual; b) orienta-se às finalidades de prevenção geral positiva e especial positiva, visando à prevenção do delito mediante reforço do coletivo quanto à

⁸ Dessa forma, ainda que para fins preventivos seja recomendada uma pena mais elevada, apenas poderá ser aplicada na medida da culpabilidade do agente. A seu turno, caso não seja necessária para fins preventivos, a pena poderá se manter aquém à culpabilidade do autor.

vigência da norma, bem como à ressocialização do agente; c) em prol do princípio da proporcionalidade, deve causar um mal menor do que aquele que busca evitar.

4. ABORDAGEM DA QUESTÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO SOB A ÓTICA FUNCIONALISTA

Amoldando-se os ensinamentos do funcionalismo teleológico-normativo às práticas de aborto, notadamente aquelas tipificadas no artigo 124, do Código Penal, de se notar que sua criminalização não obtém guarida diante da atual conjuntura da sociedade moderna.

O juízo funcionalista esboçado no capítulo antecedente aplica-se à luva ao crime de aborto. Com efeito, uma visão finalista, baseada na realidade ontológica, desvela-se pouco elucidativa para a consideração de conceitos necessariamente normativos, como vida humana e interrupção da gestação. Apesar de escorada em conhecimentos médico-científicos, sempre será necessária certa carga valorativa para se traçar um conceito jurídico desses elementos, o que mostra certa resistência sob a ótica finalista.

Convém ponderar, de início, que mesmo as restritas hipóteses de aborto legal encontram forte resistência e são de difícil acesso, em virtude de preconceitos e número insuficiente de serviços de aborto legal no país. Isso já denota, por si só, excessiva limitação à autonomia individual da mulher, em dissonância com os postulados funcionalistas.

Mas não é só. No tocante ao aborto ilegal, a situação se mostra ainda mais alarmante. Na prática, tal criminalização conduz a um notório risco para mulheres de classes sociais marginalizadas, as quais se submetem a intervenções arriscadas e pouco higiênicas em clínicas clandestinas, ou mesmo uso inadequado de medicamentos abortivos. Por outro lado, mulheres pertencentes a classes mais altas conseguem acesso a clínicas mais sofisticadas, embora também clandestinas, despendendo altos valores para tanto (BOITEUX, 2017, p. 5).

Dados levantados pela Política Nacional de Aborto (DINIS, MADEIRO E MEDEIROS, 2016, p. 659) apontam que, aos 40 anos, uma em cada cinco mulheres brasileiras efetuou um aborto, tendo ocorrido 500 mil interrupções voluntárias de gravidez apenas no ano de 2015.

Esses números demonstram que o aborto consiste em uma das principais questões de política pública e política criminal do país. Nesse contexto, sob a ótica funcionalista, verifica-se que as finalidades preventivas, notadamente em sua vertente geral positiva, não surtem qualquer efeito acerca da confiança social sobre a validade da norma proibitiva do aborto. Nesse esteio, verifica-se que a criminalização do aborto não tem sido apta a coibir sua prática, porquanto se mostra um mecanismo ineficiente para a conscientização da sociedade acerca da importância do bem jurídico tutelado. Sua prática, aliás, mantém-se excessivamente elevada ao longo dos anos, o que sinaliza para a necessidade de reformulação do enfrentamento do problema pela abordagem político-criminal.

Sob a vertente da teoria especial positiva, ou seja, ressocialização e integração, os efeitos são igualmente irrisórios. Afinal, apesar do número elevado de práticas abortivas, há escassas condenações por sua prática no sistema criminal. Ademais, Hassemer (2005, p. 378) aponta para o contrassenso do cárcere ao buscar a ressocialização do indivíduo mediante seu isolamento da sociedade. Segundo o autor: “ele é levado a um ambiente social que o mantém afastado dos problemas, nos quais ele fracassou fora do estabelecimento.”⁹

Nesse esteio, um mero incremento da persecução penal tampouco auxiliaria a coibir essa prática, porquanto se trata de delito ocasional, sobre o qual os efeitos ressocializadores se mostram reduzidos, porquanto inexistente um ideal de integração a ser aplicado. Com efeito, após prática do aborto, para além de a mulher futuramente passar a buscar mecanismos contraceptivos a fim de evitar nova gestação, a imposição

⁹ Segue o autor: “ele desaprende as técnicas sociais de convívio e de aprovação. E ao término do tempo da pena ele volta, desabitua e estigmatizado a um mundo que, fora dos muros da prisão, se desenvolveu de acordo com as suas próprias leis” (HASSEMER, 2005, p. 78).

de cárcere não levará a resolver seus problemas (sociais, familiares, de emprego) concretos que a levaram a optar pelo aborto.¹⁰

Segundo dados levantados pela Política Nacional de Aborto (DINIS, MADEIRO E MEDEIROS, 2016, p. 659), metade das mulheres pratica aborto mediante uso de medicamentos, dentre os quais o principal consiste no misoprostol (Citotec), recomendado pela Organização Mundial da Saúde para abortos seguros. De qualquer modo, permanecem riscos importantes, o que apenas é corroborado pelo fato de que metade das mulheres que praticou aborto necessitou de internação para finalização do procedimento (notadamente mediante curetagem).

Na mesma linha dessa pesquisa, números do Data SUS junto ao Ministério da Saúde apontam que, no primeiro semestre de 2020, o sistema de saúde brasileiro despendeu cerca de 30 vezes mais com procedimentos pós-abortos incompletos (R\$ 14,29 milhões) quando comparado com abortos legais (R\$ 454 mil) (ACABAYA e FIGUEREDO, 2020).¹¹ Nesse contexto, estima-se que no Brasil morre uma mulher a cada dois dias em decorrência de aborto inseguro (FAGUNDES, 2018). No âmbito mundial, estima-se que o aborto represente de 8 a 18% do total de mortes maternas, a depender da condição de desenvolvimento de cada país (KASSEMBAUM et al, 2014).

Considerando-se esses dados, verifica-se que a criminalização do aborto implica uma violação ao princípio da proporcionalidade, sob a ótica funcionalista, tendo em vista que as consequências da proibição do aborto têm sido mais nefastas do que a lesão ao bem jurídico que visa a evitar. Com efeito, para além da contínua eliminação dos embriões/fetos teoricamente tutelados pelo tipo penal, a prática clandestina de aborto reverbera sobre a saúde da mulher, ocasionando lesões e mortes em patamar excessivo e inaceitável sob a ótica de política pública no Estado Democrático de Direito.

¹⁰ Assim, como sustenta Boiteux (2017, p. 6), a criminalização não impede a prática de abortos. Deve-se desmistificar, porém, que se trata de uma prática banalizada entre as mulheres. Em regra, são compelidas por situações de vida, passando frequentemente por um procedimento traumatizante.

¹¹ Apesar desses dados incluírem abortos espontâneos, é muito mais comum que nesses casos haja expulsão completa do produto da gravidez, sendo desnecessário qualquer procedimento. Assim, aponta a média sanitária Tânia Lado que dentre as 80 mil mulheres atendidas em 2020 após a interrupção da gestação, certamente a maioria delas praticou aborto induzido.

Se não bastasse, o proibicionismo gera maiores gastos aos cofres públicos, devido à necessidade de efetuar procedimentos pós-abortos, mais custosos ao sistema de saúde.

Estatisticamente, há predominância da prática entre mulheres das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com ensino fundamental incompleto, negras ou pardas e com renda familiar inferior (DINIS, MADEIRO e MEDEIROS, 2016, p. 658). Isso também revela uma seletividade exacerbada da lei penal, tendo em vista que as consequências negativas da tipificação passam a ser suportadas por classes sociais marginalizadas, o que denota características de um Direito Penal do autor, com vistas à exclusão – e inclusive, eliminação – de certos segmentos da sociedade.

Logo, o atual tratamento conferido pelas políticas brasileiras, mediante criminalização e repressão policial, não têm se mostrado profícuo para enfrentar o problema, considerando a persistência dos números de sua prática. E mais: essa proibição obsta que mulheres busquem acompanhamento e informações necessárias para uma realização segura da interrupção de gravidez. Referida realidade evidencia uma violação ao princípio da subsidiariedade do direito penal. Afinal, há medidas extrapenais mais eficazes tanto para se evitar uma gravidez indesejada, como mecanismos visando à manutenção da gravidez: investimento em planejamento familiar, educação sexual, assegurar direito à creche, melhores condições no mercado de trabalho para gestantes (evitando escolha entre emprego e maternidade) e, notadamente, fornecimento de apoio médico e psicológico pelo Estado em busca de resolução dos problemas concretos da gestante.

Essa nova abordagem, em observância aos postulados político-criminais defendidos pelo funcionalismo, pressupõe conferir maior auxílio à adoção de uma decisão pela mulher, a quem caberá a última palavra acerca da manutenção da gravidez.

Convém ressaltar, por oportuno, que não se trata de determinar uma ponderação entre o direito de escolha da mulher e a vida do embrião/feto, solução frequentemente sugerida, porém que conduz a discussões constitucionais de exacerbada complexidade

(afinal, por meio do ordenamento constitucional, a vida mereceria prioridade, como regra).

Solução mais satisfatória, sob a ótica funcionalista, consiste em trazer uma nova definição acerca do conceito de vida humana abarcado pelo texto constitucional.

Muito embora uma interpretação compatível com o Estado de Direito conduza à conclusão de que ao nascituro é conferido certo grau de proteção constitucional, este regime de tutela não se equipara ao direito à vida enquanto direito fundamental das pessoas. Disso decorre que a proteção conferida ao nascituro não é necessariamente uniforme durante a gestação, bem como que tem intensidade inferior à vida de alguém nascido.¹² Nesse contexto, é lógico entender-se que há maior tutela na medida em que o embrião se desenvolve e se aproxima de viabilidade extra-uterina (RAMPAZZO, 2007, p. 23).

Propõe-se, com isso, a delimitação entre bens jurídicos distintos, quais sejam: o desenvolvimento do embrião/feto, de um lado, e a vida do ser humano em formação, do outro.

Atualmente, avanços científicos demonstram que o desenvolvimento de neurônios do córtex cerebral ocorre até a vigésima quarta semana de gestação. Estudos conduzidos revelam a probabilidade do surgimento da consciência somente a partir da vigésima semana pós-concepção (KOSTOVIC e JUDAS, 2010).¹³¹⁴ Respostas a sons de baixa frequência são verificadas aproximadamente a partir da 16ª semana, enquanto o desenvolvimento olfativo ocorre a partir da 20ª (LAGERCRANTZ e CHANGEUX, 2009). Em regra, estudos apontam que o feto passa a sentir dor tão somente a partir da 20ª semana (KOSTOVIC e JUDAS, 2010). Nenhum estudo

¹² Isso é evidenciado pela cominação abstrata de penas distinta conferida aos tipos penais de homicídio simples (6 a 20 anos de reclusão) e aborto consentido (um a três anos de detenção).

¹³ A consciência está diretamente relacionada ao desenvolvimento da zona subcortical, responsável por atividades sensoriais do feto, incluindo a dor. Não há qualquer evidência a demonstrar conectividade tálamo-cortical para promover interação com neurônios corticais no período inicial de desenvolvimento do feto (fixado entre oito e nove semanas), havendo início de sua formação apenas após 16 semanas pós-concepção. Sinapses apenas são verificadas na zona cortical a partir de 24 semanas (KOSTOVIC e JUDAS, 2010).

¹⁴ Apesar da proliferação da produção de neurônios ocorrer antes da 10ª semana, o desenvolvimento de células-glia, essencial para as sinapses começa a ocorrer tão somente na 20ª (DE GRAAF-PETERS e HADDERS-ALGRA, 2006).

registrado aponta qualquer evidência de que o feto sinta dor antes da 13ª semana (DERBYSHIRE e BOCKMANN, 2020). Por fim, é certo que um feto apenas se torna viável com 21 semanas (RAMPAZZO, 2007, p. 24).

Baseados nessas evidências, países como Reino Unido fixam prazo superior a 20 semanas para a licitude da prática de aborto. Contudo, tendo em vista a falta de consenso acerca do marco inicial para a atividade cerebral do feto, a fixação do período de 12 semanas mostra-se mais adequada, considerando a unanimidade dos estudos a apontar a ausência de dor e consciência do feto nesse período. Soma-se a isso o fato de que a interrupção da gestação nos três primeiros meses resulta em menos complicações à mulher quando comparada ao período posterior, o que se mostra compatível com os postulados político-criminais ora defendidos (ADESSE et al., 2015).

Nesse contexto, impõe-se a superação do ontologismo da teoria finalista, a fim de se estabelecer um conceito normativo acerca do início da vida humana, lastreado em evidências médico-científicas e, simultaneamente, de acordo com os postulados político-criminais da questão abordada. Assim, solução satisfatória sob a ótica funcionalista consiste em se estabelecer o marco inicial da vida do ser humano em formação, para fins da interrupção da gestação consentida,¹⁵ no momento de 12 semanas após a fecundação, período em que, como exposto, não há qualquer evidência acerca da consciência ou sensação de dor pelo embrião/feto. Como decorrência lógica, em um período anterior, está a se falar de mero desenvolvimento do embrião ou feto, que apresenta menor tutela constitucional.¹⁶

Depreende-se, assim, que o sistema funcionalista continua vinculado à realidade, lastreado em elementos científicos, porém confere maior flexibilidade para se alcançar a melhor solução sob a ótica das ciências criminais. Simultaneamente, é um conceito alinhado com a dinamicidade do conceito de bem jurídico, viabilizando sua reformulação com o avanço tecnológico, em prol do livre desenvolvimento do indivíduo.

¹⁵ A prática de aborto não consentida por terceiro permanecerá tipificada pelo Código Penal, tendo em vista a flexibilidade normativa verificada com o sistema funcionalista.

¹⁶ Conforme se depreende inclusive da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05), que permite a manipulação de embriões e cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, a solução mais consectânea com a autonomia da mulher e na linha de política criminal ora traçada consiste na adoção de um prazo limítrofe como marco inicial do bem jurídico vida do ser humano em formação, ora sugerido como 12 semanas após a fecundação, sempre precedido de aconselhamento estatal, além de acompanhamentos médico e psicológico. Nessa consulta, disponibilizada gratuitamente pelo Estado, deve-se prestar informações sobre todo o auxílio a ser fornecido caso a mulher opte por manter a gravidez, bem como é necessário estipular um período mínimo para reflexão da gestante até que comunique sua decisão definitiva (DIAS, 2010, p. 161). O aconselhamento visa a orientar e encorajar a mulher a manter a gravidez, mantendo perspectivas de apoio familiar e estatal. Contudo, jamais poderá tolher sua autonomia de decisão, que deverá ser livre e consciente.

Deve-se ponderar, dessa forma, que a atipicidade da interrupção voluntária da gravidez de até 12 semanas apenas será verificada com o preenchimento dos requisitos de acompanhamento médico e psicológico, além de aconselhamento estatal, não sendo facultada mera remoção de inopino do embrião ou feto, o que implicaria prática delitiva.

Essa solução, com isso, mostra-se adequada para os fins preventivos do direito penal. Sob a ótica da prevenção geral positiva limitadora, a articulação com políticas públicas de disseminação de informações, incentivo ao mercado de trabalho da gestante, investimento em creches e apoios psicológicos prévios à tomada de decisão viabiliza um reforço sobre a importância social conferida à manutenção do embrião ou feto. Ademais, um acompanhamento detido dos problemas concretos da gestante fomentará sua integração na sociedade, no sentido de auxiliá-la na tomada de decisão e buscando ao máximo a continuidade da gestação. Como último recurso, poderá ser sugerida a disponibilização do recém-nascido para adoção, criando-se mecanismos extrapenais para a tutela do nascituro.

Nesse contexto, torna-se cristalina a observância aos postulados de proporcionalidade e subsidiariedade do direito penal, substituindo-o por mecanismos menos gravosos e mais eficientes para a tutela do ser em formação.

Na linha funcionalista ora defendida, não se trata de postular nova causa de justificação para o aborto, porém de prévia ponderação sistemática à luz dos direitos fundamentais e do ordenamento constitucional, a conferir atipicidade à conduta em razão da plasticidade do conceito de bem jurídico vida do ser humano em formação, bem como por força dos postulados político-criminais, adotando-se solução mais adequada à proteção do embrião/feto e da gestante.

A não criminalização do aborto durante as semanas iniciais após a fecundação, sempre precedida de acompanhamento estatal, aliás, consiste no entendimento adotado pela Alemanha, no § 218, do Código Penal Alemão,¹⁷ além de outros países como França, Uruguai e Espanha.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo traçar um raciocínio desvinculado da simples ponderação de direitos fundamentais como abordagem da tipificação penal da prática de aborto consentido ou autoaborto. Assim, em que pesem os méritos do resultado inicialmente traçado na ADPF n.º 442 (BRASIL, 2017), foi utilizada uma abordagem à luz das ciências criminais para sugerir a atipicidade da interrupção voluntária da gestação nas 12 primeiras semanas, precedida de acompanhamento médico e psicológico estatal. Visa-se fornecer soluções extrapenais à problemática do aborto, considerando os problemas concretos que permeiam sua prática, o que se mostra absolutamente conseqüente com os postulados da subsidiariedade e proporcionalidade do direito penal. Do mesmo modo, a partir da ótica funcionalista ora adotada, essa é a solução melhor alinhada aos postulados político-criminais, tendo em vista maior

¹⁷ § 218a. No punibilidad de la interrupción del embarazo (1) El tipo penal del § 218 no se realiza cuando: 1. la embarazada solicita la interrupción del embarazo y le ha demostrado al médico por medio de un certificado según el § 219 inciso 2 frase 2, que ella se ha dejado asesorar por lo menos tres días antes de la intervención 2. la interrupción del embarazo es practicada por un médico, y 3. desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.

potencial preventivo quando comparado à criminalização do aborto. À luz do funcionalismo, foi possível traçar um conceito normativo para o bem jurídico tutelado (vida do ser humano em formação), estabelecendo-se requisitos essenciais para a atipicidade da conduta: a) decorrência até doze semanas de gestação, correspondente ao período em que há unanimidade científica acerca da ausência de dor e consciência pelo embrião/feto; b) aconselhamento estatal, além de acompanhamento médico e psicológico prévios; c) período de reflexão após o acompanhamento estatal; d) decisão livre, clara e autônoma da gestante.

REFERÊNCIAS

ACABAYA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. **G1**. 20 de agosto de 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>>. Acesso em: 16 out. 2020.

ADESSE, Leila et al. Complicações do abortamento e assistência em maternidade pública integrada ao Programa Nacional Rede Cegonha. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 694-706, 2015.

ALEMANHA. Código Penal Aleman. **República Federal da Alemanha**. Trad. Claudia Lopez Dias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20160708_03.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece%20normas,o%20descarte%20de%20organismos%20geneticamente>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012c. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em 16 fev. 2021.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Aborto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade**. 2017. Plenário. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em 16 fev. 2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

BOITEUX, Luciana. A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 294, p. 5-7, mai. 2017. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134804>. Acesso em: 15 fev. 2021.

DE GRAAF-PETERS, Victorine B.; HADDERS-ALGRA, Mijna. Ontogeny of the human central nervous system: what is happening when?. **Early human development**, v. 82, n. 4, p. 257-266, 2006.

DERBYSHIRE, Stuart WG; BOCKMANN, John C. Reconsidering fetal pain. **Journal of Medical Ethics**, v. 46, n. 1, p. 3-6, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 148-169, set./out., 2010. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=81874>. Acesso em: 15 fev. 2021.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. ISSN 1678-4561. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

FAGUNDES, Maria. Uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro, diz Ministério da Saúde. **Conselho Federal de Enfermagem**. COFEN, 03 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html>. Acesso em: 16 fev. 2021.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

KASSEMBAUM, Nicholas J. ET AL. Global, regional, and national level and causes of maternal mortality during 1990-2013 : a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013. **The Lancet**, v. 384, n. 9947, 2014, p. 980-1004. Disponível em: <<https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2814%2960696-6>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

KOSTOVIĆ, Ivica; JUDAŠ, Miloš. The development of the subplate and thalamocortical connections in the human foetal brain. **Acta paediatrica**, v. 99, n. 8, p. 1119-1127, 2010.

LAGERCRANTZ, Hugo; CHANGEUX, Jean-Pierre. The emergence of human consciousness: from fetal to neonatal life. **Pediatric research**, v. 65, n. 3, p. 255-260, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

RAMPAZZO, Adriane. A (in)constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez no Brasil: um estudo de direito comparado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 09-38, 2017. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150259>. Acesso em: 15 fev. 2021.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

_____. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Marcial Pons, 1997.

SAY, Lale ET AL. Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis. **The Lancet Global Health**, v. 2, n. 6, 2014. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(14\)60696-6/fulltext?utm_content=bufferdd265&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(14)60696-6/fulltext?utm_content=bufferdd265&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer)>. Acesso em 16 fev. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1.