

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

VINÍCIUS GIL BRAGA

**ABORTO, BEM JURÍDICO E POLÍTICA CRIMINAL:
REFLEXÕES ACERCA DA
LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL
NO DIREITO BRASILEIRO**

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza
Orientador

Porto Alegre
2007

VINÍCIUS GIL BRAGA

**ABORTO, BEM JURÍDICO E POLÍTICA CRIMINAL:
REFLEXÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE
DA INTERVENÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2007

B813a Braga, Vinícius Gil

Aborto, bem jurídico e política criminal: reflexões acerca da legitimidade da intervenção penal no direito brasileiro / Vinícius Gil Braga – 2007.

112 f.

Dissertação. (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2007.

“Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza”

1. Aborto. 2. Bem jurídico-penal. 3. Vida intra-uterina. 4. Direito penal. I. Título.

CDU 343.2

Bibliotecária responsável: Naila Touguinha Lomando, CRB-10/711

RESUMO

O presente escrito encontra-se vinculado à área de concentração “Sistema Penal e Violência”, e, particularmente, à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”. Nesse sentido, visa estabelecer uma análise crítica em relação ao instituto do aborto no âmbito do direito penal brasileiro. Na esteira de um quadro compreensivo que identifica no direito penal uma ciência aberta ao seu tempo, esse trabalho está disposto a explorar os sentidos plurais pertencentes ao tema em questão, qual seja, repensá-lo e problematizá-lo, objetivando desenvolver uma nova consistência e tratamento, contribuindo para o questionamento de sua legitimidade e fundamentação perante o sistema jurídico-penal pátrio. Para tanto, estreita as relações – sob um prisma dialógico-compreensivo – entre direito penal, política criminal (extra-sistemática) e ordem constitucional. Com vistas à consecução de um sistema jurídico-penal onto-antropologicamente fundado e constitucionalmente informado – cuja intervenção penal só se mostra legítima como *ultima et extrema ratio* de proteção de bens jurídicos penalmente relevantes.

Palavras-chave: Aborto – direito penal – política criminal – bem jurídico-penal – vida intra-uterina – legitimidade

ÜBERBLICK

Die vorliegende Schrift bezieht sich auf das Forschungsfeld “Strafrechtssystem und Gewalttätigkeit”, insbesondere auf “gegenwärtige Strafrechtssysteme”. In dieser Richtung wird eine kritische Analyse vom Schwangerschaftsabbruch im brasilianischen Strafrecht angestrebt. Im Rahmen einer Auslegung des Strafrechts als eine der Gegenwart offenen Wissenschaft bezweckt diese Arbeit die zum Thema betreffenden pluralistischen Gesichtspunkte zu erforschen. Es wird also die Aufgabe gestellt, über dieses Thema nachzudenken und es zu problematisieren, um eine neue beständige Begründung sowie eine neue rechtliche Behandlung der Sache zu schaffen, damit die Befragungen über seine Legitimität und Begründung bekräftigt werden. Dafür werden die Beziehungen zwischen Strafrecht, (außer-systematischen) Kriminalpolitik und Verfassungsordnung in einer interdisziplinären Sicht verschärft. Dies beabsichtigt, ein onto-anthropologisches und verfassungsgemäßigtes Strafrechtssystem zu erlangen, dessen straflichen Eingriffe bloß nur als *ultima et extrema ratio* im Schutz von wesentlichen strafrechtlichen Rechtsgüter legitimiert werden können.

Schlüßwörter: Schwangerschaftsabbruch – Strafrecht – Kriminalpolitik – Strafrechtliches Rechtsgut – intrauterines Leben – Legitimität.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 INTERROGANDO O TEMPO: APROXIMAÇÕES TRANSDISCIPLINARES À (COMPLEXA) PROBLEMÁTICA DO ABORTO E SEUS REFLEXOS PERANTE O DIREITO PENAL	
1.1 UM DESLOCAMENTO NECESSÁRIO: A TRANSIÇÃO MODERNIDADE/PÓS-MODERNIDADE COMO UM PRÓPRIO PARADIGMA REFLEXIVO	25
1.2 ABORTO, (BIO)ÉTICA E ANTROPOLOGIA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO	31
1.3 A LEGITIMIDADE PENAL PERANTE UM PRESSUPOSTO ONTO-ANTROPOLÓGICO: O DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO TEMPO (ESPAÇO E CULTURA)	40
2 ABORTO, BEM JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: INTERFACES REFLEXIVAS ENTRE DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO	
2.1 APROXIMAÇÕES DIALOGAIS ENTRE DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO: APORTES REFLEXIVOS À CONSECUÇÃO DE UM DIREITO PENAL CONSTITUCIONALMENTE INFORMADO	48
2.2 DO PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM DIREITO PENAL: BREVES APROXIMAÇÕES A UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA	57
2.3 (RE)POSICIONANDO A PROBLEMÁTICA: DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA, À FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO VIDA INTRA-UTERINA(?) NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	62
3 A INTERVENÇÃO PENAL DO ABORTO À LUZ DE UM MODELO <i>DIALÓGICO</i> INTEGRADO: APROXIMAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL	
3.1 O DIREITO PENAL COMO CIÊNCIA ABERTA AO SEU TEMPO: (RE)APROXIMAÇÕES DIALÓGICO-COMPREENSIVAS ENTRE DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL	73
3.2 DOS PRINCÍPIOS POLÍTICO-CRIMINAIS LEGISLATIVO-DOGMÁTICOS: CONTRIBUTO CRÍTICO À LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL EM SEDE DE ABORTO	78
3.2.1 Dignidade penal	80

3.2.2 Necessidade (carência) de tutela penal	83
3.3 BREVE EXCURSO: “O CRIME COMO OFENSA A UM BEM JURÍDICO: UM DOGMA A SERVIÇO DA POLÍTICA CRIMINAL”	84
3.4 BREVE EXAME POLÍTICO-CRIMINAL EXTRA-SISTEMÁTICO, LEGISLATIVO-DOGMÁTICO APLICADO: ELEMENTOS SUGESTIVOS EM NÍVEL DE <i>LEGE FERENDA</i>	88
3.4.1 Uma distinção necessária: aborto não consentido e aborto consentido	88
3.4.2 Da necessidade de um modelo articulado entre os sistemas de prazos e de indicações	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se apresenta é modestamente tomado por seu autor sob a perspectiva de um *ponto de partida*, diante do qual uma miríade de temáticas – imbricadas ao problema central do aborto, seu fundamento e legitimidade de intervenção penal no direito brasileiro - foi aventada e carece, ainda, de maior aprofundamento. Não obstante, encontramos-nos cientes em relação aos nossos limites face às condições de possibilidade do conhecimento, a saber: sua complexidade,¹ seu irrealizável esgotamento² e, sobretudo, seu caráter dinâmico e contingente perante a história.

¹ A palavra *complexidade* no presente escrito deve ser compreendida na esteira de MORIN: “O que é a complexidade? A um primeiro olhar a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento a complexidade é um tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomênico. (...) então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextricável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza...”. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 13. Em igual medida, não podemos descurar a relevância e perenidade de uma das primeiras aparições da idéia de complexidade no âmbito do pensamento social, pertencente a MAUSS (*Ensaio sobre a dádiva*, 1925). Embora inserida em certa pretensão de totalidade, herdeira da ciência de seu tempo, detém o mérito de analisar os fenômenos sociais a partir de sua complexidade imanente, enquanto elementos articulados em conjunto, imbricados. Promove-se, assim, uma inovação na qual a cultura passa a ser percebida como um componente eminentemente dinâmico, permeada de uma multiplicidade de coisas sociais em movimento. Nesse particular, MAUSS traz à colação a categoria dos *fenômenos (fatos) sociais totais*, capazes de exprimir, “de uma só vez, as mais diversas instituições: religiosas, jurídicas e morais – estas sendo políticas e familiares ao mesmo tempo -; econômicas – estas supondo formas particulares da produção e do consumo, ou melhor, do fornecimento e da distribuição -; sem contar os fenômenos estéticos em que resultam esses fatos e os fenômenos morfológicos que essas instituições manifestam”. MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosacnaify, 2003, p. 187.

² Nas precisas palavras de LYOTARD: “Um campo perceptivo tem limites mas são limites que se encontram fora de alcance. Um objecto visual, se bem que ofereça ao olhar uma das suas faces, esconde sempre outras. Uma visão correcta e focalizada rodeia-se sempre de uma zona curva onde o visível se dissimula sem no entanto estar ausente. Disjunção inclusiva. E não me refiro à memória que só por si põe em causa o olhar mais simples. A visão actual conserva consigo a imagem percebida no instante anterior sob outro ângulo. Antecipa a de há pouco. Destas sínteses resultam identificações de objectos, que nunca chegam a ser completas e que um olhar ulterior poderá sempre solicitar, anular. E o olho, nesta experiência, encontra-se constantemente em busca do reconhecimento, da mesma forma que o espírito o pode estar de uma descrição completa do objecto que ele procura pensar, sem que no entanto o observador possa, a qualquer momento, afirmar que reconhece perfeitamente o objecto, uma vez que o seu campo de apresentação é absolutamente individual em cada caso e que um olhar verdadeiramente observador não pode esquecer que há sempre mais ainda para ver, a partir do momento em que o objecto visto tenha sido ‘identificado’. O ‘reconhecimento’ perceptivo não satisfaz nunca a exigência lógica da descrição completa”. LYOTARD, Jean-François. *O inumano: considerações sobre o tempo*. Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Estampa, 1990, p. 25.

Nosso entendimento parte da condição humana enquanto *ser-no-mundo*.³ Para tanto, toma como empréstimo o constructo heideggeriano que promove a inauguração de um novo paradigma filosófico - mediante um encurtamento hermenêutico⁴ -, responsável por inserir o humano nas categorias da facticidade (hermenêutica da facticidade) e existência, angústia e temporalidade (“ecstática”, tempo humano não linear). Tal proposição tem o mérito de transcender a pretensa separação entre sujeito e objeto,⁵ colocando o ser humano na posição de *ser jogado*,⁶ em absoluta relação e concretude perante o mundo vivido (*Lebenswelt*)⁷ e as pessoas e entes que o cercam.

Sob esse prisma, assentamos como propósito de nosso escrito o resgate de uma dimensão eminentemente reflexiva, que tem no *pensamento que medita* uma postura referencial e dissonante ao *pensamento que calcula* - ator e parte constituinte do processo histórico inerente a racionalidade moderna.⁸ Como é cediço, a ciência moderna se estruturou a partir de premissas e métodos vinculados a um referencial totalizante. Pressupostos que

³ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

⁴ De acordo com STEIN, por encurtamento hermenêutico compreende-se “a rejeição de Deus e das ‘verdades eternas’ e a forclusão (rejeição) do mundo e a rejeição das ‘leis naturais’ (o que Heidegger chamará de superação da metafísica) e a proposta de superação da relação sujeito-objeto, base das teorias da consciência, preparam, portanto, em Heidegger, a mudança do paradigma tradicional e a proposta de uma nova questão do método”. Idem, p. 28.

⁵ Idem, p. 20; 24-26; 30; 91. Ademais, não podemos nos furtar de que a superação da dicotomia sujeito-objeto também é devedora do deslocamento provocado pela antropologia (cultural e social), que, a partir do contato efetivo com outras experiências e expressões da alteridade, fez-nos melhor compreender que o conhecimento não é uma conexão entre “substância-sujeito” e “substância objeto”, mas uma *relação* entre duas relações. Significa dizer, “relações que constituem reciprocamente o sujeito que conhece e o sujeito que ele conhece, e a causa de uma transformação (toda relação é uma transformação) na constituição relacional de ambos”. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O nativo relativo. *Mana* (Museu Nacional – UFRJ), Rio de Janeiro, nº 8, 2002, p. 113-114; 141.

⁶ STEIN, op. cit., p. 28.

⁷ Idem, p. 14-16; 21.

⁸ Atendendo a sugestiva indicação de D’AVILA, em artigo intitulado “Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal”, no qual o autor evoca uma interessante conferência de Heidegger, que delimita a supremacia (no âmbito da racionalidade moderna) do pensamento que calcula – eminentemente técnico, planificador e investigador – em detrimento de um pensamento que medita. D’AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 261. Em certo *continuum* encontramos LYOTARD, quando problematiza a respeito do caráter inumano da ideologia desenvolvimentista que perpassa a contemporaneidade e sua tensa relação com o tempo. Assevera o autor: “O desenvolvimento impõe que se ganhe tempo. Andar depressa é esquecer depressa, reter apenas a informação útil no momento, como acontece com a ‘leitura rápida’. Mas a escrita e a leitura são vagarosas, avançam para trás, na direcção da coisa desconhecida ‘no interior’. Perde-se o tempo em busca do tempo perdido. A anamnese é o antípoda – nem isso, nem sequer existe um eixo comum – o *outro*, da aceleração e da abreviação”. LYOTARD, op. cit., p. 10.

iluminaram a própria construção do direito (moderno), igualmente inspirado pelos vetores da experimentação, objetividade, neutralidade e generalização.⁹ Diante desse cenário, o olhar reflexivo assume o desiderato de indispensável condição de possibilidade a um constructo jurídico-penal mais harmônico e coerente à complexa tessitura social que permeia os tempos contemporâneos. Atitude, portanto, ante a qual não podemos ficar indiferentes.

Outrossim, faz-se oportuno salientar que os temas aqui indagados somente ganham um sentido relevante se os identificarmos a partir de um *quadro* cuja *moldura* conforme o *direito penal* enquanto uma *ciência aberta ao seu tempo*.¹⁰ Um modo de *pensar aberto*,

⁹ O projeto moderno se desenvolve em torno da constituição de uma racionalidade voltada ao *controle*, na qual a ciência emerge como depositária da esperança humana em um mundo melhor. Segundo GAUER, “A busca de uma nova ordem nasceu objetivando o controle de um mundo que se movimentava rapidamente e estava totalmente desorganizado. Nos diferentes momentos da modernidade esse desejo esteve presente. Hoje, sabemos que ele ainda povoa os espíritos menos avisados. A época moderna foi, portanto, marcada por uma sucessão de revoluções que instauraram no período o fluxo que ainda não foi concluído. Sob esse ponto de vista ainda podemos falar em modernidade hoje. As revoluções de Copérnico, Galileu, Descartes, Newton, movimentaram o mundo, por um lado; por outro, criaram o espírito geométrico e trouxeram ao homem a consciência de seu poder sobre a natureza e para organizar a sociedade racionalmente. O apelo à racionalidade se tornou fonte de organização de controle e de explicação sobre o homem, a natureza, Deus e mesmo a história”. GAUER, Ruth Maria Chittó. Modernidade, direito penal e conservadorismo judicial. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 605. Além disso, fortes são os laços que unem o projeto moderno ao direito, não sendo forçoso asseverar que a gênese da modernidade, de certo modo, encontra-se atrelada ao Direito Natural (racional). Isto é, na medida em que esse último, a partir de seu princípio de igualdade - e do atributo de impessoalidade que lhe acompanha -, sedimentara as bases fundantes para a emergência da concepção de indivíduo e da racionalidade que então começava a se desenvolver. GAUER, Ruth Maria Chittó. *A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 73. Nesse particular, conclui a referida autora: “As premissas que embasaram a ciência moderna e que serviram como pressupostos para o direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Essas premissas se complementam e demarcam um conhecimento científico. A experimentação trouxe a primazia da técnica, a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista. As humanidades em geral, assim como as ciências sociais aplicadas, buscaram para si o caráter científico. Durante três séculos foram aplicadas em diferentes campos do saber, instituindo o sujeito da modernidade. A dicotomia sujeito-objeto, própria da modernidade, é resultado dessa premissa, separou ciência e política, ciência e direito, assim como todos os outros campos de saber, e instalou, em certo sentido, o conservadorismo”. GAUER, Modernidade, direito penal e conservadorismo judicial, op. cit., p. 609.

¹⁰ Consoante D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. *Stvdia Ivridica*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 15; 403. Trata-se, a nosso ver, de uma postura honesta frente às profundas transformações sociais operadas em nosso tempo – seja pela emergência de novas questões ou em face de novos contextos de significação de situações sociais anteriormente conhecidas -, que em sua crescente complexidade têm sido responsáveis por provocar o direito penal a um constante reexame de seus pressupostos fundantes e legitimadores, assim como a eventual adoção de medidas – sejam elas penalizantes ou descriminalizadoras. Entretanto, modificações que não podem descurar de sua natureza e identidade historicamente construídas, responsáveis pelo assento do direito penal enquanto ramo do direito voltado à proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos penalmente relevantes.

disposto a explorar os sentidos plurais pertencentes ao tema em análise, qual seja, repensá-lo e problematizá-lo, com vistas a desenvolver uma nova consistência e tratamento, contribuindo para o questionamento de sua legitimidade e fundamentação perante o sistema jurídico-penal.¹¹

Com-s-cientes estamos que o escrito de dissertação diz respeito a um exercício de (manifesta) prática discursivo-descritiva, que como tal traz consigo leituras e interpretações particulares dos temas estudados. A opção por determinados caminhos revela o não escrutínio de outros tantos possíveis – assim está a condição humana para com o conhecimento.¹² De outra sorte, comprometemo-nos em desenvolver um olhar crítico, que pretende empreender um diálogo interdisciplinar atento à possibilidade de utilização de fragmentos de teorias, empréstimos e talvez parentescos *não autorizados* entre os diferentes campos do saber,¹³ capazes de conferir um novo colorido ao tema em estudo - iluminando, portanto, a própria percepção jurídica do problema em questão.

Antes de mais, urge salientar que a estrutura de nosso escrito encontra-se cingida ao exame dos fundamentos do direito penal e suas relações (dialógico-compreensivas) com a política criminal. Opção que se faz adstrita aos delineamentos propositivos da linha de pesquisa a que se encontra sujeito o presente trabalho, a saber, “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”. Para tanto, consubstancia-se em exercício interdisciplinar (interdisciplinaridade *compreensiva*) que se deseja dirigido, dimensionado, aos contornos originais por nós estabelecidos (direito penal e política criminal).¹⁴

Na esteira de FARIA COSTA, entendemos que a problemática da legitimidade corresponde a uma questão fundante no domínio da discursividade jurídico-penal.¹⁵ O seu exame envolve duas ordens de interrogação, que passam necessariamente pelos níveis *formal*

¹¹ De plano adiantamos que a obra de José de Faria Costa - mediante os livros e artigos que tivemos acesso -, revelou-se em um fecundo horizonte reflexivo, responsável por iluminar grande parte das questões discutidas nesse trabalho. Veja-se, em especial, FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

¹² Idem, p. 09.

¹³ Uma perspectiva *aberta* tal como a esboçada por RAUTER, Cristina Mair Barros. *Clínica do esquecimento: construção de uma superfície*. Tese de Doutorado apresentada junto ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica, da Faculdade de Psicologia, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), 1998, p. 05.

¹⁴ Por conseguinte, não contempla em seu quadro compreensivo os estudos criminológicos. O que de modo algum representa desvalor em relação aos mesmos – contudo, seu escrutínio se faz presente em linha de pesquisa diversa, intitulada “Criminologia e controle social”.

¹⁵ Conforme FARIA COSTA, O perigo em direito penal, op. cit., p. 25 e seguintes.

e *material (legítimo)*.¹⁶ Todavia, uma reflexão dessa natureza somente se torna possível a partir de um deslocamento, no qual o direito penal deixe de ser percebido como um *universum* – viés totalizante – e passe a ter sua existência compreendida como um verdadeiro *multiversum* – canais abertos a partir dos quais uma larga gama de olhares possíveis compartilham de sua formação. Vislumbrando-se, assim, uma adequada mediação entre o direito penal e a (dinâmica) realidade social que se destina.

No âmbito penal, o aborto¹⁷ constitui figura típica integrante do Título I (“Dos crimes contra a pessoa”) e Capítulo I (“Dos crimes contra a vida”) do Código Penal brasileiro de 1940. Correspondendo aos artigos 124 a 128 - e seus respectivos incisos e parágrafos -, cujos dispositivos estabelecem as condutas efetivamente incriminadas (“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” – Art. 124; “Aborto provocado por terceiro”, com ou sem o consentimento da gestante – Arts. 125 e 126, respectivamente), e suas modalidades não puníveis (“Aborto necessário” – Art. 128, I; “Aborto no caso de gravidez resultante de estupro” – Art. 128, II).

A própria leitura dos dispositivos legais de 1940 nos revela uma problemática eminentemente multifacetada, que em si ultrapassa a feição que as constantes discussões a que têm sido sujeito lhe intentam conformar. Ainda. Debates que, no mais das vezes, encontram-se descolados - por demérito ou desconhecimento - dos tipos penais que regulam a matéria. Almejamos ilustrar, nesse escrito, que não se trata simplesmente em ser “a favor” ou “contra” a prática do aborto, uma vez que ao tema se descortinam um conjunto de desdobramentos muito mais complexos, categorias que talvez exijam tratamentos diferenciados por parte da lei penal. Portanto, diz respeito a questões cujo reexame não pode mais ser procrastinado, mas que envolvem – concomitantemente – sua maior problematização.

¹⁶ Idem, p. 14.

¹⁷ Para efeitos de adequação típica, o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Outrossim, no âmbito do código penal brasileiro não se procede a quaisquer distinções entre óvulo fecundado, embrião ou feto, de modo que os mesmos encontram-se compreendidos pela fórmula indeterminada do *provocar aborto*. Significa dizer, cujo conteúdo necessita ser fixado e encontra-se sujeito à atividade doutrinária e jurisprudencial. Nesse sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial: arts. 121 a 212*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 112; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial, tomo 4º, crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 160. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte especial, volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 158; COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 383; e REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2, parte especial – arts. 121 a 183*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108-109.

Para a realização desse propósito não podemos restringir a análise ao marco da intervenção legal. Considerá-la com a seriedade que lhe é devida importa em reconhecer que na complexidade que permeia a temática do aborto estão também presentes elementos clínicos (sobre o fenômeno natural da fecundação, a natureza do feto e sua viabilidade), (bio)éticos (especialmente em relação aos princípios morais em questão, e seu conflito), antropológicos (sobre os elementos culturais que influenciam a experiência humana em face do fenômeno natural da reprodução), políticos (questões correlatas à saúde pública), ecológicos (no sentido amplo da manutenção da vida em sua diversidade na superfície da Terra),¹⁸ dentre outros.

Nesse sentido, a bioética tem se consagrado como um espaço eminentemente interdisciplinar de reflexão e de diálogo, acerca de temas correlatos à vida e à saúde, bem como, recentemente, às representativas transformações promovidas pelo avanço das ciências biomédicas. No seu seio reside uma ampla gama de horizontes de reflexão, crescente diferenciação de propostas e, por vezes, contraposição de correntes filosóficas.¹⁹ Referenciando-se em plena consonância aos pressupostos de uma sociedade plural.²⁰ Nesta perspectiva, acreditamos que a antropologia pode oferecer uma interessante contribuição às temáticas inerentes às discussões bioéticas,²¹ sobretudo, no que atine a sua afirmação no campo epistemológico. E, a partir desse arranjo, inequívocos subsídios ao debate sobre o aborto e suas repercussões no domínio jurídico-penal.

Não podemos descurar que a normativização é sempre um fenômeno ambíguo: necessário, porém, mutilante. O fenômeno social vertido em direito é podado das suas particularidades, na medida em que o universal exige generalização. Sob esse prisma, a dinâmica social - para fins de conversão em norma - é aprisionada no tempo, sua eficácia

¹⁸ ZINGANO, Marco. O problema do aborto. In: ROSENFELD, Denis; ZINGANO, Marco (org.). *Filosofia Política: nova série*. Porto Alegre: L&PM, v. 2, 1998, p. 101.

¹⁹ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 23.

²⁰ CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria. Bioética: uma visão panorâmica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Maria Gerhardt de (org.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 09.

²¹ Em interessante escrito, TUGENDHAT argumenta sobre a necessidade de se considerar a antropologia filosófica (e a antropologia cultural como complemento dessa última) como uma filosofia primeira, ou seja, a questão base da própria filosofia. TUGENDHAT, Ernst. *Antropología como filosofía primera*. Inédito (PUCRS), 2006. No desiderato de uma fundamentação antropológica da bioética, NEVES, Maria do Céu Patrão. A fundamentação antropológica da bioética. *Bioética*, Brasília, v. 4, nº 1, 1996, p. 07-16. A autora, na esteira de uma antropologia filosófica, parte do processo histórico de surgimento da bioética nas suas vertentes mais significativas, isto é, a perspectiva anglo americana e a perspectiva européia. Concluindo que a tradição personalista e humanista européia se coaduna à afirmação da antropologia como fundamento da bioética.

passa a estar sujeita à esfera da contingência - isto é, pode ou não suceder. Descortinam-se, assim, duas interessantes dimensões: de um lado, *hermenêutico-aplicativa*, indispensável mecanismo de reposição da dinâmica social à norma – porém com um raio de intervenção limitado -; e, na outra face, *legislativa* – com maior atributo de ingerência, tanto no plano do direito constituído quanto naquele a constituir. Ao nosso sentir, ambas designam em nossa tarefa um referencial de extrema importância, responsáveis por orientar o diálogo que aspiramos *horizontal* entre as esferas de conhecimento concernentes à ciência global do direito penal.

Segundo o Ministério da Saúde (Secretaria de Políticas de Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher),²² o aborto corresponde a uma das principais questões da agenda internacional na contemporaneidade, no que concerne à saúde e aos direitos reprodutivos da mulher. Temática amplamente debatida em duas conferências das Nações Unidas (ONU), *The international conference on population and the development* (Cairo, 1994) e *Fourth world conference of women* (Beijing, 1995). Nesse particular, o Brasil foi signatário de um Plano de Ação da Conferência do Cairo, no qual assumiu o compromisso de implantar serviços atinentes a melhoria da qualidade de assistência e redução da mortalidade e morbidade decorrente de aborto – uma vez que o aborto realizado em condições inseguras foi objeto da referida Conferência, ostentando o condão de manifesta questão de saúde pública.

Ademais, consoante estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS) - no Brasil - metade das gestações são indesejadas, de modo que uma a cada nove mulheres recorre à prática de manobras abortivas. Alcançando, assim, um índice de 31%, ou, aproximadamente, 1,44 milhão de abortos espontâneos e inseguros (com taxa de 3,7 para cada 100 mulheres, de 15 a 49 anos). A gravidade da situação também estende os seus efeitos ao Sistema Único de Saúde (SUS), no ano de 2004, em números absolutos, 243.998 mulheres foram internadas em instituições públicas para a realização de curetagem pós-aborto, ao custo de R\$ 28.901.626,00. Corresponde, ainda, à quarta causa de óbito materno no país – os dados mais recentes disponíveis de mortalidade materna por causa (2001) apontam para 9,4 mortes de mulheres em decorrência de aborto por 100 mil nascidos vivos.²³ Notoriamente, não

²² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001, p. 06.

²³BRASIL. Ministério da Saúde. *Aborto inseguro: um problema de saúde pública*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=22411>; Acesso em: 30 out. 2007; e BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde humaniza atendimento a mulheres em processo de abortamento*.

integram as aludidas estatísticas os dados que se esquivam do seio das agências oficiais, isto é, envolvidos em circunstâncias de clandestinidade.²⁴ Contudo, os dados oficiais – embora não completos – são capazes de demonstrar com absoluta clareza a dimensão do problema que estamos a tratar.

Mediante a vigência do Estado Democrático de Direito, expressão fidedigna do espírito do constitucionalismo contemporâneo, faz-se notório um novo esquadramento da problemática em questão, atenta à *legitimidade* e à *fundamentalidade* dos direitos envolvidos, à luz de uma leitura jurídico-penalmente interessada – atinente a uma compreensão onto-antropológica do direito penal -, com vistas à conservação da sua natureza fragmentária e subsidiária, em apreço e consonância aos valores democráticos instituídos. Por conseguinte, atenta a uma ampla variedade de perspectivas, interesses e direitos em conflito que não raro uma matéria de tal ordem costuma evocar.

Como bem adverte FARIA COSTA,²⁵ o direito penal merece ser encarado mediante um novo olhar, na figura de um mandamento de liberdade. Não se trata de mera liberalidade da ordem penal com a realidade a que se destina. Diz respeito, na verdade, a *ordem* inscrita perante um adequado equilíbrio entre *liberdade* e *segurança*, portanto, mais razoável e afeita às circunstâncias concretas – com vistas a sua tradução em certo presente. Nesse particular, o que não integra a esfera do jurídico-penalmente proibido está, para a sociedade civil, como

Disponível em:

<http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=12448>;

Acesso em: 30 out. 2007.

²⁴ A respeito das vicissitudes do poder punitivo, vide extraordinário capítulo da obra de ZAFFARONI e outros, intitulado “Direito penal e poder punitivo”, em particular, o “§ 2. O poder punitivo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro. Tomo I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43-59). De acordo com os autores, a *seletividade penal* é condição inerente ao exercício do poder punitivo – então envolvido por um amplo rol de condutas criminalizadas, em descompasso a sua limitada capacidade de ação. Por conseguinte, reduzidas são as ações típicas que ingressam no sistema, condicionadas aos interesses, circunstâncias e contingências que acompanham a atividade das agências secundárias de controle do delito, bem como aquelas inerentes a própria realização dos crimes. O resultado dessa equação é o de que grande parte dos ilícitos permanece à margem do sistema, no mais das vezes produzindo conseqüências negativas como as já relatadas diante da realização do aborto. Com propriedade, em relação ao tema, já advertia FRAGOSO: “As piores leis são as altamente restritivas, pois conduzem à realização de abortos ilegais perigosos. Tais leis não podem ser observadas nem impostas pela autoridade, levando o sistema penal ao descrédito. Reforçam as desigualdades sociais, discriminando contra os menos favorecidos”. FRAGOSO, op. cit., p. 110.

²⁵ FARIA COSTA, José de. Poder e direito penal (atribuições em nome da liberdade e da segurança). *Reflexões* (Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto), Cidade do Porto, v. 1, 2006, p. 291-305.

uma conduta permitida. Concepção herdada de uma rígida separação entre direito e moral, de um ordenamento que se anseia laico e secular.

Assim, ao que atine à hipótese particular do aborto, falar-se de sua descriminalização total ou da redução do âmbito de incidência da norma, não significa questioná-lo sob o ponto de vista moral. Este é o nó górdio que acreditamos constituir possível óbice a uma ampla discussão da temática. Frise-se, a (não) incidência penal não deslegitima *per se* o debate moral (e, por extensão, as diferenciadas posições a ele adstritas). Correspondem, tão somente, a esferas distintas.

Na esteira de tais considerações cabe, a partir dos referenciais trazidos a lume no presente escrito, interrogar-se a respeito da adequação pertinente ao ilícito do aborto no direito penal brasileiro. Mais. Um questionamento que não pode desconsiderar a linha argumentativa que identifica na aludida criminalização um fator desencadeador de muitíssimas outras violações ou conseqüências mais gravosas do que aquela se revela suscetível de evitar. Interessando ponderar, nesse sentido, acerca do uso de medidas não penais de controle social.²⁶ Reflexões cuja lente encontra-se adstrita a um direito penal que se deseja de tutela subsidiária de bens jurídicos, atento ao eixo modulador da ofensividade penal.

Cabe ressaltar, ainda, que a consecução de um texto - isto é, da seleção de elementos presentes em uma realidade por nós experienciada, então articulados argumentativamente, vertidos em narrativa - trata-se de atividade que não consegue se destrinchar de uma irreduzível dimensão linear. Não há outra forma de exposição dos conteúdos. Tensão por vezes superada através do emprego de notas de rodapé, mas, sobretudo, pela presença de um fio - que desejamos - condutor. Nosso escrito se propõe revisionário e conciliador. Debruça-se, em certos momentos, sobre situações-*limite*. O que nos impele a um pedido de escusa, por aproximações que talvez não tenham sido as mais adequadas, mas que tiveram o fito de estimular outros caminhos para pensar o *não dito* que permeia a questão do aborto em nossa sociedade - mais notadamente, a respeito da intervenção penal acerca da matéria.

O tempo é indomesticável, nada que nele habita permanece incólume ou resiste impunemente. O primeiro capítulo se volta à questão do tempo, descortinando a discussão em diferentes direções. Acreditamos que o pressuposto primevo a ser afirmado é o ponto

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral; questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 122.

contextual em relação ao qual nossa compreensão parte: entendemos ser a *contemporaneidade* – então representada pela *transição* modernidade/pós-modernidade - um próprio paradigma reflexivo, um tempo revisionário, capaz de guardar em si, contigüamente, questões antigas e novas. Dessa premissa, inauguram-se novas possibilidades. Aborto, (bio)ética e antropologia passam a exigir um novo exame perante o tempo e seus corolários – afirmando-se em um diálogo indispensável para a melhor compreensão da temática. De igual modo, o próprio direito penal adquire um novo colorido, concernente à admissão de uma leitura juridicamente interessada, a partir de um referencial onto-antropológico que tem na relação matricial de cuidado-de-perigo o seu mote fundante. Lançadas estão, assim, as linhas de força que perpassam todo o trabalho.

No segundo capítulo, objetivamos estreitar as relações entre direito penal e ordem constitucional, almejando a consecução de um direito penal constitucionalmente informado. Significa dizer, no ensejo de um adequado equilíbrio entre os referidos âmbitos do direito, concebidos como *projetos vivos no tempo*, permanentemente reconstruídos, jamais conhecendo de um ponto de chegada. Mas que, por outro lado, preserve o direito penal enquanto ordem (autônoma) voltada à exclusiva proteção de bens jurídicos. Assim, avançamos em nosso estudo, aproximando-nos de uma concepção crítica de bem jurídico-penal. Projetamos, ao final do capítulo, um (re)posicionamento da problemática do aborto, no cruzamento das esferas constitucional e penal, com vistas a compreender sua legitimidade e fundamentação no direito penal brasileiro.

No capítulo terceiro, a intervenção penal do aborto é refletida à luz de um modelo *dialógico* integrado, aproximando direito penal e política criminal. Em seguida, na esteira de um interesse extra-sistemático de estudo da política criminal, declinamo-nos à análise dos princípios político-criminais legislativo-dogmáticos – dignidade penal e necessidade (carência) de tutela penal – explorando o seu contributo crítico em sede da intervenção penal do aborto. Estabelecemos, outrossim, uma breve análise informativa da categoria da ofensividade penal, enquanto referencial crítico a balizar a ciência penal contemporânea. Por derradeiro, procedemos a um breve exame político-criminal extra-sistemático, legislativo-dogmático aplicado, sugerindo proposições em nível de *lege ferenda*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há *escrita* que não seja - no sentido mais preciso da palavra - uma *reescrita*. Pensamos sempre *a partir de, com, em relação a* Outro(s). Contudo, esse exercício se desenvolve inarredavelmente ligado à nossa *posição* (com todo peso de nossa história, limitações e possibilidades), mas também, em certa medida, com a aptidão de propor o já pensado em novas direções.

Do mesmo modo - o que talvez pareça paradoxal em sede de considerações finais – não há trabalho que não seja legitimamente um afazer *inconcluso*. Via de regra, sujeito a circunstâncias alheias à nossa vontade, que colaboram para que um escrito conheça de seu (falso) *fim*, improvisando-lhe, assim, sua condição de *público*.

Como referimos preliminarmente, nas primeiras linhas dessa dissertação, reconhecemos nesse escrito um *ponto de partida*, somos sabedores de suas carências e incompletudes. O que, por sua vez, não elide a relevância que sua feitura nos revelou, como meio indispensável à ampliação de horizontes, quase sempre de revisão e reconhecimento do pouco que sabemos, e da única certeza que declina acerca do quão pouco saberemos.

Dessas palavras prévias, passamos à enumeração de algumas considerações finais, concernentes aos argumentos por nós tocados e aos quais atribuímos maior relevância, a saber:

(1) Partindo-se da premissa de que a modernidade representa um processo arrastado e fluído no tempo, entendemos ser a *contemporaneidade* um *tempo revisionário*, capaz de articular e ter em seu seio, contigüamente, questões antigas e novas. No qual se evoca uma nova percepção do humano, a partir de um olhar conciliador, que assume na transição modernidade/pós-modernidade um próprio paradigma reflexivo. Apropriado a admitir que a noção de verdade comporte em si mesma uma dimensão problemática, dotada de uma pluralidade de respostas possíveis.

(2) Urge o resgate de uma dimensão eminentemente reflexiva, que tem no *pensamento que medita* uma postura referencial e dissonante ao *pensamento que calcula* - ator e parte constituinte do processo histórico inerente à racionalidade moderna. O olhar reflexivo assume o desiderato de indispensável condição de possibilidade a um constructo jurídico-

penal mais harmônico e coerente à complexa tessitura social que permeia os tempos contemporâneos. Atitude, portanto, ante a qual não podemos ficar indiferentes. Contribuindo para a edificação de um *quadro* cuja *moldura* conforme o *direito penal* enquanto *ciência aberta ao seu tempo*.

(3) A problemática da legitimidade corresponde a uma questão fundante no domínio da discursividade jurídico-penal (FARIA COSTA). O seu exame envolve duas ordens de interrogação, que passam necessariamente pelos níveis *formal* e *material (legítimo)*. Todavia, uma reflexão dessa natureza somente se torna possível a partir de um deslocamento, no qual o direito penal deixe de ser percebido como um *universum* – viés totalizante – e passe a ter sua existência compreendida como um verdadeiro *multiversum* – canais abertos a partir dos quais uma larga gama de olhares possíveis compartilham de sua formação.

(4) Adotamos, no presente escrito, um pressuposto onto-antropológico, expressão de base ontológica, inspirado na relação matricial de cuidado-de-perigo. Uma compreensão que somente assume a sua adequada dimensão de sentido se envolvida pelo *constructo humano do direito*, marcado pela heteronomia e exterioridade, mas, sobretudo, enquanto intencionalidade de um *dever - ser que é*, umbilicalmente ligado à *historicidade*. Nesse sentido, a *normatividade jurídico-penal* é expressão de um *equilíbrio justo e instável*, inscrito precisamente em determinado marco de tempo e de espaço – significa dizer, em certo *presente*.

(5) A bioética se constitui em um espaço de encontro de conhecimentos, marcada por uma perspectiva dialógica, perante questões atinentes aos domínios da vida e da morte. Sua ampla visão interdisciplinar contextualizada e seus princípios éticos têm contribuído de forma sólida para a construção de posicionamentos frente aos problemas conflitantes do cotidiano. Acreditamos que a sua dimensão de *abertura* revela o principal contributo de suas discussões – devendo ser preservada. Trata-se da condição de possibilidade à emergência de novos argumentos e formas de problematização das temáticas concernentes a esse campo reflexivo – tomando como referência a tolerância e o respeito à diferença moral existente na sociedade.

(6) Entendemos ser fundante a necessidade de um diálogo entre (bio)ética e antropologia, colaborando para a compreensão da tensa questão do aborto. E mais, estabelecendo um inequívoco contributo à ciência global do direito penal – mormente ao

direito penal -, na medida em que traz subsídios à análise das figuras típicas atinentes ao aborto no Código Penal brasileiro de 1940. Sessenta e sete anos se passaram e, por manifesto, o referencial cultural já não é mais o mesmo.

(7) O conhecimento antropológico tem a propriedade de se estabelecer – imediatamente – a partir de relações sociais. Traz-nos, por conseguinte, um novo *olhar*, efeito das relações que constituem reciprocamente os sujeitos envolvidos – antropólogo e nativo - não raro provocando a transformação da estrutura constitucional de ambos. Mais. Revela o caráter complexo e multifacetado inerente às comunidades humanas, iluminando diferentes problemas postos por culturas também diferenciadas, no qual *outrem* figura como real expressão de distintos pontos-de-vista ou mundos possíveis.

(8) Todas as culturas são hoje, necessariamente, *culturas de fronteira* – noção que não mais expressa a representatividade de marcos indissolúveis (fechados ao encontro), mas que denotam em realidade o ponto no qual algo começa a se fazer presente. Um *continuum* cultural que explode com quaisquer diferenças firmes ou nítidas entre grupos, delineando consigo uma ampla e nova gama de situações sociais, assim como de possíveis reações às mesmas. Trata-se, em realidade, de uma percepção que celebra a incomensurabilidade dos mundos sociais, denotando a presença de interesses e significações diferenciados - e, em certa medida, antagônicos. Reconhece-se, assim, a *diferença*, na qual dilemas sociais agudos como o aborto passam a se exprimir sob a forma de *tensão*, chamando-nos à necessidade de mediação por valores como solidariedade e tolerância.

(9) A leitura do fenômeno do aborto na hodierna sociedade brasileira por certo o coloca em termos diversos daqueles inscritos no contexto do legislador de 1940. A ressonância causada por esse à estrutura relacional de cuidado-de-perigo merece ser reavaliada, sobretudo à luz da pluralidade de perspectivas e posições que perpassam os atores sociais em tão complexo cenário. Ou, em melhor expressão, o eu-ser-com-o-outro pressupõe não só a assunção do “outro” na sua infinita pluralidade e abertura, mas também o jogo multiforme das manifestações da sua vontade – razões inequivocamente alargadas em nossa sociedade de cunho democrático e plural.

(10) Uma ordem jurídica constitucionalmente orientada deve ter assento em um justo equilíbrio entre direitos e deveres, inspirados, sobretudo, na forma dos *direitos e deveres fundamentais*. Mais. Na qual o Estado deve conferir um notório âmbito de liberdade aos seus

cidadãos – sob pena de figurar-se como expressão de um *Estado de não direito*. Ainda. Cujas esfera de liberdade pode ser firmemente apurada através do exame do direito penal: considerando-se permitidas aquelas condutas que não integram positivamente o seu catálogo criminalizante.

(11) 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 conseqüências 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*. Não há mais espaço, hoje, ao modelo de direito penal balizado estritamente sob o marco de uma legalidade formalista. De outra sorte, não nos parece razoável *diluí-lo* na expressão de um cada vez mais presente *pan-constitucionalismo*. Ao revés, deve-se buscar um equilíbrio que celebra a autonomia do direito penal, mas que somente possa ser concebida se *constitucionalmente informada*.

(12) Constituição e República, direito constitucional e direito penal – assim como as demais esferas que envolvem direito e poder - são sempre *projetos vivos no tempo*, permanentemente reconstruídos, jamais conhecendo de um ponto de chegada.

(13) Reconhecer na contemporaneidade um tempo complexo – no qual convivem circunstâncias novas e antigas, em que o direito está igualmente atrelado aos efeitos do tempo e da contingência, direcionado a uma sociedade cujos atores encontram-se inscritos em múltiplas posições, enfim, momento em que já não existem mais absolutos – não é motivo razoável para se abrir mão de um direito penal de *ultima et extrema ratio*, materialmente vocacionado à proteção de bens jurídicos relevantes. Resta-lhe, portanto, conservar uma lente de abertura à realidade, estribada em um íntimo diálogo para com a política criminal e a ordem constitucional. E que, na particular condição de entreposto das aludidas esferas, imaginamos residir a categoria do bem jurídico-penal.

(14) A categoria do bem jurídico não pode ser compreendida no desiderato de um conceito fechado, apto à subsunção. Sabe-se, na realidade, que acompanha o fluxo social. É, portanto, mutável. Segue a dinâmica que dá ensejo a bens jurídicos emergentes e

evanescentes. Características que assumem absoluta acuidade no curso de um processo de aceleração histórica e complexificação da vida social, no qual se colocam em cheque a fundamentalidade de determinados valores diante do juízo penal. Dá-se azo, assim, ao questionamento que se dirige sobre o caráter autêntico e legítimo de certos bens jurídicos.

(15) As formas rigorosas de compreensão da criminalização ou da descriminalização encontram-se indissolúvelmente ligadas à categoria do bem jurídico. Significa dizer, dá-se a partir do rigor doutrinário incorporado por essa noção ao direito penal, permitindo-nos melhor compreender que a mutabilidade no sentido material dos ordenamentos penais acha-se imbricada ao fluir das transformações ético-sociais – por conseguinte, aos efeitos do tempo.

(16) As noções de bem jurídico (penal) e ofensividade não se confundem conceitualmente, mas sua imbricação é - antes de mais - necessária. Consubstanciando-se, assim, um *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos* (notadamente, em face de lesão ou perigo de dano a bens jurídicos dotados de dignidade penal), então, paradigma necessário a balizar a consecução das práticas punitivas na contemporaneidade.

(17) A Constituição é silente no que atine à vida intra-uterina. De igual modo, a doutrina não é pacífica quando se declina sobre esse aspecto. Uma inversão axiológica promovida por uma nova leitura da verticalidade inscrita em direito se faz, antes de mais, necessária. Em melhor expressão, uma interrogação postulante que reside exclusivamente na ordem penal, mas de cuja inspiração esteja em consonância à ordem constitucional, mediada, sobretudo, na categoria do bem jurídico (penal).

(18) A partir do referido horizonte compreensivo podemos asseverar que o objeto da tutela penal é a *vida intra-uterina*. O ser humano em formação não se confunde com a noção de pessoa, no sentido estrito do termo. As figuras típicas pertencentes ao aborto não se identificam com àquelas do homicídio. Portanto, não se trata de crime contra a pessoa, embora também não se possa considerá-lo como mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno. Trata-se de um bem jurídico autônomo, que traz consigo diferentes enquadramentos e justificações por parte da lei penal. Ainda. O reconhecimento de sua dignidade não é simples condição para o uso desmedido do direito penal, ao revés, trata-se da circunstância na qual o atributo de *ultima et extrema ratio* se faz presente.

(19) As motivações jurídicas que acompanham a proteção de sua modalidade mais gravosa – o aborto não consentido – não podem ser as mesmas que delimitam outros interesses em jogo, em especial, concernentes à igualdade e dignidade humana da gestante. Se na primeira hipótese, ao que nos parece o interesse da tutela penal deva se encontrar presente em toda extensão da gestação; na segunda, o ordenamento jurídico-penal deve fazer uso de um juízo de razoabilidade, a fim de melhor ajustar-se às expressões da sociedade contemporânea. Ainda. Ao argumento de se tratar de um dever objetivo de proteção constitucional, não significa que o legislador deva conferir prioridade aos instrumentos penalizantes de tutela. A preferência do legislador por medidas sociopolíticas e assistenciais para a salvaguarda da vida em formação deve ser notória, ultrapassando o interesse de fazer uso do extremo instrumento depositado na norma penal.

(20) Ao argumento da crescente valorização do bem jurídico vida intra-uterina no curso temporal da gestação, satisfaz aquele concernente ao compromisso relacional entre mãe e nascituro. Da multiplicidade comum ao humano, evade-se a existência de uma manifesta *tensão* em torno do fenômeno aborto, cuja indiferença legal já não pode mais subsistir. Nesse sentido, o ato de consciência e vontade proveniente da gestante – tutela de seu corpo e exercício de sua liberdade – em decidir a respeito da conservação ou não de um processo gestacional não pode, em nossa sociedade plural e democrática, ser desconsiderado.