

## Opinião: Competência estadual para legalização do aborto

Após a publicação nesta **ConJur** do primeiro artigo, "[Considerações sobre direitos fundamentais estaduais e federalismo](#)" [1], vamos dar continuidade àquele debate analisando questões específicas de direitos e como eles são ou podem ser tutelados no âmbito subnacional. Desta vez, escrevo este artigo com dois orientandos e excelentes pesquisadores que desenvolvem comigo suas pesquisas no âmbito do Direito Constitucional estadual e federalismo. O desafio de hoje é demonstrar que os Estados-membros podem criar uma política pública para mulheres que desejem realizar o aborto e, assim, fornecer assistência médica para a sua realização. Não falamos aqui apenas do aborto "legal" (no caso de estupro ou risco de vida para a mãe). Falamos do aborto em si, que se encontra criminalizado em legislação



Alguns podem questionar a tese. Afinal, como poderiam os

Estados legislar sobre aborto se o tema é "matéria penal" e "matéria penal" é de competência da União? Ocorre que o fato de o Direito Penal criminalizar a sua prática não o torna um "tema de Direito Penal". Dizer isso seria equivalente a dizer que matéria tributária é tema de Direito Penal porque houve a criminalização da sonegação. As coisas são o que são independentemente de serem consideradas crimes.

É importante esclarecer que as competências de União, Estados-membros e municípios estão previstas na Constituição Federal e divididas entre eles por temas. Há, portanto, uma classificação de conteúdos, de matérias. Enquanto o assunto "trânsito" é de competência legislativa da União (artigo 22), o assunto "saúde" é de competência compartilhada (artigo 24). Uma das principais características do federalismo é justamente a repartição constitucional de competências. À União cabe legislar sobre alguns temas, de maneira inclusive privativa. Mas há competências remanescentes para os Estados e, também, compartilhadas (comuns ou concorrentes), em que todos os entes da federação poderão atuar conjuntamente (como é o caso do tema "saúde") [2].

---

A competência para legislar sobre aborto não está prevista na Constituição Federal para nenhum dos entes, nem mesmo para a União. Há uma norma infraconstitucional (lei penal) que criminaliza a prática. Mas quando o aborto clandestino ocasiona alta mortalidade, a questão passa a ser tema de saúde pública. Evidentemente, isto atinge mais as mulheres pobres. Então, a premissa é a seguinte: considerando que os Estados possuem competência legislativa para promoção e proteção da saúde (artigo 24) e, também, considerando que há diferentes taxas de mortalidade de mulheres em razão da prática do aborto em cada Estado, não seria, então, dever de cada Assembleia Legislativa estadual avaliar a necessidade de elaboração de uma política legislativa que dê amparo a mulheres em situação de vulnerabilidade que desejem realizar o aborto? A legislação federal (infraconstitucional) que criminaliza o aborto não estaria, assim, obstaculizando um dever de atuação dos Estados em tema de sua competência constitucional, de proteger e promover a saúde da mulher?

A resposta a essas perguntas sempre vai esbarrar no mantra mil vezes repetido: aborto é "matéria penal". Mas, como dito acima, não é Direito Penal. A União criminalizou o ato. Mas, poderia, então, a União criminalizar qualquer assunto? Inclusive atos que seriam de competência estadual (defesa da saúde)? Se, hipoteticamente, a União fizesse uma lei dizendo ser crime a reeleição de membro de mesa de Assembleia Legislativa, será que a lei da União seria válida apenas sob o argumento de estar a União em tema penal? Ou seria inválida por, ao criar crime, estar a União restringindo a autonomia estadual? O exemplo é caricato, mas serve para demonstrar que deve haver limites à legislação penal. E, entre os limites, encontra-se a autonomia do Estado para tratar de temas cuja competência foi-lhes atribuída pela Constituição (como o da promoção da saúde). Ainda quando o tema for pautado pela colisão de direitos (direito à vida do nascituro, no âmbito do Direito Civil, que é competência privativa da União) e direito à saúde pública (competência compartilhada), voltaríamos à discussão sobre os bens jurídicos e, nesse caso, novamente entram no debate os argumentos federalistas.

No mérito, uma ideia funcionalista do Direito Penal sustentará que ele subsiste para a proteção de bens jurídicos. Mas a classificação do bem jurídico é mutável e, segundo Roxin [3], está sujeita à mudança social e ao progresso do conhecimento científico. No Brasil, o exemplo mais usual de um crime que sofreu o fenômeno da *abolitio criminis* foi o adultério, abolido em 2005, hoje sendo discutido na esfera privada, mais especificamente no âmbito do Direito de Família. Quanto ao aborto, o Direito brasileiro não se desassociou dos princípios judaico-cristãos [4], incluindo-o nos artigos 124 ao 128 do Código Penal. Com a visão judaico-cristã, tem-se o direito à vida não como um bem jurídico individual indisponível, mas um direito "divino" sujeito a não mais um controle individual, e, sim, um controle coletivo sobre um objeto individual. Diante disso, qualquer ato contra esse direito "divino" é considerado um sacrilégio e este sacrilégio é transformado em repressão normativa penal.

A decisão sobre até que ponto seria legítima uma interferência sobre a liberdade individual sem o propósito de proteção de outros cidadãos é uma decisão legislativo-penal que deve se pautar para garantir a liberdade de outrem, com limites no âmbito da proteção da liberdade. De fato, dentre os limites ao legislador penal, há os direitos fundamentais. Mas aqui introduzimos um outro aspecto: os limites federativos. Para além dos limites baseados em direitos fundamentais (v.g., a União não pode criminalizar movimentos sociais, não pode criminalizar a Marcha da Maconha [\[5\]](#) e não pode criminalizar o direito ao protesto [\[6\]](#)), também o legislador penal não pode, ao criminalizar algo, restringir o acesso do Estado ao exercício de uma competência constitucional que é sua.

O debate sobre a possibilidade ou não do aborto vem sendo sempre discutido no âmbito dos direitos fundamentais, mas nunca sobre o aspecto federativo, notadamente sobre a competência para legislar sobre saúde, em localidades em que o aborto passa a ser uma questão de saúde pública.

Para ilustrar, vejam a Lei nº 12.865, de 2013, que previu herança de praças de táxi. Herança é assunto, tema, matéria, conteúdo próprio de Direito Civil. Não pode o Estado ou o município criar regra sobre herança. Apenas a União. Mas a partir do momento em que a União insere como direito de herança a praça do táxi, não invadiria competência municipal para o trato da matéria de licenciamento de serviços de transporte por taxistas? Portanto, operando-se uma analogia, o legislador não pode, a pretexto de legislar sobre Direito Civil, invadir competências de outros entes. A mesma lógica deve se aplicar ao legislador penal.

Quanto à legalização do aborto, os Estados possuem competência para criar uma política pública de saúde nesse tema e, com isso, acolher as mulheres que desejem praticar o aborto? A Constituição brasileira não veda. No estrangeiro, são vários os casos em que o tema é disciplinado no âmbito subnacional. Robert Williams menciona o uso de constituições subnacionais como ferramentas ou instrumentos de políticas públicas tanto nos Estados Unidos como no México, em relação ao tema do aborto. Inclusive com efeito reverso. Menciona Williams que, após a Suprema Corte do México legitimar a legislação subnacional sobre aborto da Cidade do México, durante os primeiros três meses, várias outras constituições estaduais foram emendadas para proibir o ato [\[7\]](#).

No Brasil, de acordo com os artigos 23, II e 24, XII, o cuidado, a proteção e a defesa da saúde se caracterizam como deveres dos Estados-membros, tanto no âmbito da produção de políticas administrativas quanto na esfera de elaborações legislativas. Considerando isso, diversas constituições estaduais criaram regras de proteção do direito à saúde da mulher. O Estado do Tocantins é o que mais detém normas responsáveis pela defesa do direito à saúde da mulher em sua Constituição, sendo estas seis ao todo. Entre elas, pode-se destacar a contida nos incisos XV do artigo 152, que determina ser competência do Sistema Único de Saúde, nos termos da lei, a promoção, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, de recursos educacionais e científicos para o exercício do planejamento familiar pelo homem e pela mulher, sendo proibida qualquer forma coercitiva por parte de pessoas e de instituições oficiais. A Constituição do Estado do Amapá, por sua vez, possui quatro normas direcionadas à proteção do direito à saúde da mulher. Nela, faz-se mister ressaltar a que está assentada no inciso IV do artigo 329, que estabelece ser dever do Estado a realização anual, na primeira semana do mês de março, da Semana de Atendimento Integral à Saúde da Mulher. O Estado do Rio de Janeiro, assim como o Estado do Amapá, guarda quatro normas de defesa do direito à saúde da mulher em sua Carta Fundamental. Torna-se importante mencionar a que está contida no inciso V do artigo 294, que possui como finalidade assegurar a adoção de novas práticas de atendimento relativas ao direito de reprodução por intermédio da apreciação da experiência de grupos ou instituições de tutela da saúde da mulher. Já a Constituição do Estado de Pernambuco contém três normas destinadas à salvaguarda do direito à saúde da mulher. O inciso VIII do artigo 166, por exemplo, impõe a garantia da assistência dentro dos melhores padrões técnicos, éticos e científicos do direito à gestação, ao parto e ao aleitamento [8]. Todas essas normas integram o plano dos direitos fundamentais estaduais. A legalização do aborto em Estados onde esse tema é questão de saúde pública estaria, portanto, em consonância com a prática constitucional estadual de proteção à saúde da mulher.

A capacidade subnacional para implementação de políticas públicas não pode ser desconsiderada. Quando se trata de promoção e proteção da saúde, o tema acolhe um leque de possibilidades que, no campo das discussões federalistas, pode incluir uma política de assistência à mulher no caso de aborto. Para a concretização do direito fundamental à saúde, o poder público responsável por agir deve ter poderes necessários à maximização da eficácia do Direito. A alegação de que o tema foi criminalizado e, portanto, é de competência da União, não pode deixar de gerar reflexões sobre os limites federativos do Direito Penal.

Obviamente, essas reflexões são provocativas para pensar sob a perspectiva do tema dos direitos fundamentais estaduais. A discussão aqui posta, longe de entrar no mérito sobre se o aborto deve ou não deve ser legalizado (isso é uma outra discussão), alerta para o fato de que essa legalização pode se dar no âmbito estadual, como fruto de uma reivindicação do exercício de uma competência legislativa sobre saúde pertencente também aos próprios Estados-membros, nos termos acima delimitados. Eventual lei estadual ou emenda à constituição estadual que legalizasse o aborto não poderia ser considerada inconstitucional por invasão de competência penal da União, já que o Estado não estaria criando tipos penais. O Código Penal, por sua vez, não poderia ser utilizado como parâmetro ou fundamento de (in)validade da norma estadual, já que a discussão estaria em outro patamar: do exercício de competências constitucionais. As atuações de grupos pró ou contra o aborto poderiam, assim, pautar o Poder Legislativo estadual quanto a esse tema. Afinal, o limite ao legislador penal precisa ser pensado também considerando o olhar do federalismo e da repartição de competências legislativas próprias da construção de um constitucionalismo subnacional.

[1] <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/marcelo-labanca-direitos-fundamentais-estaduais-federalismo>

[2] Sobre o tema, ver LOPES FILHO, Juraci Mourão. Competências Federativas. Salvador: Juspodivm, 2019.

[3] ROXIN, Claus. Derecho Penal, Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 58.

[4] ROCHA, João Franco Muniz da. A permanência dos princípios judaico-cristãos do perdão e da pena no atual Direito Penal brasileiro. 2007. 87 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2007, p. 61.

[5] Como já decidiu o STF na ADPF 167. Ver <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124> . Acesso em 19 de setembro de 2020.

[6] Há Cortes Constitucionais para proteger os direitos fundamentais que foram criadas não apenas com essa finalidade. A sua origem está intimamente relacionada com a defesa das competências federativas. Ver, nesse sentido, ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Jurisdição Constitucional e Federação. Elsevier: Rio de Janeiro, 2009.

[7] WILLIAMS, Robert. "Teaching and Researching ComparativeSubnational Constitutional Law". Disponível em <http://www.pennstatelawreview.org/115/4/115%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201109.pdf> . Acesso

em 22 de setembro de 2020.

[8] Dados extraídos em levantamento estatístico de pesquisa Iniciação Científica da Facepe executada pela segunda autora Daniela Costa de Medeiros, orientada pelo primeiro autor Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, intitulada "O Conflito entre Competências Legislativas e o Bloqueio da Conquista dos Direitos da Minoria, com ênfase nos Direitos da Mulher".

**Date Created**

01/10/2020