

## DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DO STF - DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À LIBERDADE: COLISÃO DE PRINCÍPIOS?

### DESCRIMINALIZATION OF ABORTION FROM THE STF OPTICS - RIGHT TO LIFE VERSUS RIGHT TO FREEDOM: COLLISION OF PRINCIPLES?

Carla Aparecida Mantaia<sup>1</sup>

#### ESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar de forma breve a decisão do STF ao julgar o *habeas corpus* 124.306, bem como a proposta de descriminalizar a prática do aborto prevista no Projeto de Lei nº 236, de 2012, especificamente o inciso IV do artigo 128, apresentado pelo Senado Federal. Busca demonstrar os principais pontos do julgado, no que diz respeito aos princípios do Direito à vida e Direito à liberdade, assim como a possível colisão entre ambos. A pesquisa foi embasada em periódicos, teses, dissertações e outros documentos pertinentes. Como resultado evidenciou-se que, embora haja a previsão expressa no art. 5º da CF/88 de garantias à inviolabilidade do direito à vida e da liberdade, quando em colisão, um sempre sobressairá, e no que tange à descriminalização do aborto, o direito à liberdade da mulher prevalecerá.

**Palavras-chave:** Descriminalização, Aborto, Colisão, Direito à vida, Direito à liberdade.

<sup>1</sup> Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON, 2016-2018. Advogada - OAB/RO 7.956. Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia - FARO, 2015. <http://lattes.cnpq.br/8737959226588775>. E-mail: [carla.mantaia1316@gmail.com](mailto:carla.mantaia1316@gmail.com).

## ABSTRACT

This study has a purpose to analyse briefly the decision of the STF when judging the habeas corpus 124306, as well as the proposal to decriminalize the practice of abortion provided for in Bill 236, of 2012, specifically item IV of article 128, presented by the Federal Senate. It seeks to demonstrate the main points of the judgment, with regard to the principles of the Right to Life and the Right to Freedom, as well as the possible collision between the two. The research was based on journals, theses, dissertations and other relevant documents. As a result it became evident that, although there is the provision expressed in art. 5 of CF / 88 of guarantees to the inviolability of the right to life and freedom, when in collision, one will always stand out, and with regard to the decriminalization of abortion, the woman's right to freedom will prevail.

**Keywords:** Decriminalization, Abortion, Collision, Right to life, Right to freedom.

## 1 INTRODUÇÃO

A prática do aborto no Brasil, na concepção das leis atuais, é considerada crime contra a vida, conforme prevê os artigos 124, 125 e 126, do Código Penal vigente. Com exceção as situações previstas no artigo 128, I e II, do respectivo Código, que trata do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a mãe) e o aborto sentimental (nos casos de gravidez resultante de estupro).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, ao julgar o *habeas corpus* 124.306, deu nova roupagem ao tema ao entender que criminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação torna-se desproporcional e incompatível com direitos fundamentais da mulher assegurados na CF/88.

A prática do aborto é milenar, por vezes encarada como: ato abominável, controle populacional, consequência por questões econômicas e emocionais, por não ser a gravidez planejada, entre outras razões. Há quem defenda a descriminalização, considerando o direito à liberdade de escolha da mulher; há quem discorde, por defender o direito à vida do nascituro.

Além disso, encontra-se em trâmite na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ o Projeto de Lei do Senado Federal nº 236 de 2012 (reforma do Código Penal), que traz em seu texto, especificamente no inciso IV do artigo 128, a proposta de descriminalizar a prática do aborto.

Posto isto, diante da possibilidade de conflito entre os princípios constitucionais ora citados, sob a ótica da decisão do STF ao julgar o *habeas corpus* 124.306, que acalorou os debates sobre a temática “legalização do aborto”, bem como a proposta do PL nº236/2012, que divide opiniões, objetiva-se com a pesquisa responder aos questionamentos: Direito à vida e Direito à liberdade, qual deve prevalecer? É possível ponderar diante da colisão de princípios tão relevantes, ambos considerados cláusulas pétreas?

O artigo foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica descritiva numa abordagem qualitativa, tendo como objeto de estudo a análise da legislação pertinente, a jurisprudência da Suprema Corte, além de periódicos, teses, dissertações e outros documentos.

Desta forma, o primeiro capítulo trata especificamente sobre a origem e evolução histórica da prática do aborto, as mudanças nas legislações anteriores, a previsão legal do Código Penal (CP) atual e a proposta de reforma que trata sobre a descriminalização da conduta, destacando, ainda, as principais decisões da Suprema Corte que vão de encontro com o previsto no CP, dentre elas a mais recente, a Decisão do HC 124306, um dos temas abordados nesta pesquisa.

O segundo capítulo faz uma abordagem geral sobre Pró-vida e Pró-aborto, destacando os principais argumentos do STF ao julgar o HC 124306 tendo como foco principal os princípios constitucionais do Direito à vida e Direito à liberdade, traz, ainda, uma breve análise do direito à vida sob a ótica da Bioética e Biodireito.

Nas conclusões evidenciou-se que, embora haja a previsão expressa no art. 5º da CF/88, de garantias à inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, quando ambos entram em colisão, um sempre sobressairá, e no que tange à descriminalização do aborto, o direito à liberdade da mulher prevalecerá.

## 2. ABORDAGEM HISTÓRICA DO ABORTO

A palavra aborto é derivada do verbo *abortare*, que em latim se origina de *ab* (privação) + *ortare* (que segundo alguns linguistas se origina de *oriri*, nascer). Logo, aborto significa não nascer (ZIMERMAN, 2012).

Capez define aborto como:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno (CAPEZ, 2012, p. 129).

A prática do aborto é milenar, não há na história data provável de quando, de fato, se iniciou a prática. Na Grécia e Roma Antigas, as mulheres que abortavam eram punidas quando contrariavam os interesses de seus esposos, isto é, não podiam abortar sem o consentimento destes. Os médicos somente interviam quando havia a extrema necessidade de retirar o feto morto do útero da mulher que pela prática não tinha sido eliminado (JACOBSEN, 2009).

No século XVIII, somente a mulher traçava decisões acerca dos processos gestatórios, o feto era considerado um acessório do seu corpo, aquela tinha livre arbítrio para decidir sobre ele. Já no fim da Idade Moderna, o aborto tornou-se assunto de interesse social, não mais ao domínio das mulheres. O Estado passou a se preocupar com o controle e índice de natalidade, ter soldados e trabalhadores era necessário. Por intermédio de avançadas descobertas científicas da época, o feto deixou de ser apenas um acessório do corpo feminino, adquirindo autonomia.

A tendência fundamental, a partir do século XIX até a década de 70, era proteger e privilegiar a vida do nascituro. Mulheres que praticavam o aborto eram severamente castigadas. No Brasil a prática do aborto é punível desde 1830, conforme previsão legal no primeiro Código Criminal do Império em seus arts. 199 e 200, *in verbis*:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas - dobradas (BRASIL, 1830).

Entretanto, conforme se observa nos dispositivos supramencionados apenas o terceiro era punido pela prática do aborto e punido sem qualquer exceção. A mulher passou a ser punida a partir do Código Penal de 1890, o primeiro Código Penal Republicano, consoante o disposto nos arts. 300 e 301 do referido código, *in verbis*:

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prissão cellular por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonna própria (BRASIL, 1890).

Os estudos relacionados à prática do aborto tendem a afirmar que o feto ou nascituro não se trata apenas de um acessório do corpo da mulher, como era reconhecido na Antiguidade, mas, sim, um ser que depende do auxílio e do organismo maternos para evoluir, sem deixar de ser autônomo e ter vida própria.

O atual Código Penal, promulgado em 1940, reforçou tais previsões legais quanto à prática do aborto, evidenciando apenas duas situações em que este poderá ser praticado, quais sejam: o aborto necessário ou terapêutico e o sentimental, considerados típicos e jurídicos, ambos previstos no art. 128, I e II do citado texto de lei, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Além disso, encontra-se em trâmite na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ o Projeto de Lei do Senado Federal nº 236 de 2012 (que propõe a reforma do Código Penal), trazendo em seu texto, especificamente no inciso IV do artigo 128, a proposta de descriminalizar a prática do aborto, conforme descrito na íntegra:

Art. 128. Não há crime de aborto:

[...]

**IV – Se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade. [g.n.]**

Neste prisma, é válido transcrever os tipos de aborto existentes e suas definições, nas palavras do médico legista Genival Veloso de França:

**Aborto Terapêutico:** encontra guarita no estado de necessidade, quando para salvar a vida da mãe, cujo valor é mais relevante, sacrifica-se a vida do filho.

**Aborto sentimental:** chamado piedoso ou moral é indicado nos casos de estupro. Surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial tiveram suas mulheres

violentadas por invasores. Nasceu, então, um movimento patriótico contra essa maternidade imposta pela violência, pois não era justo que aquelas mulheres trouxessem no ventre um fruto de um ato indesejado.

**Aborto Eugênico:** intervém em fetos anômalos ou com possibilidade de o serem.

**Aborto Social:** Quando a mãe não possui condições econômicas para sustentar o filho e recorre à prática do aborto.

**Aborto por motivo de honra:** com intuito de preservar sua honra perante a sociedade, a mulher provoca o aborto. (FRANÇA, 2011, p.p. 310 - 312 e 313).

Importante destacar que, em 2008, o Supremo Tribunal Federal - STF julgou a ADI 3510 referente à pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, o qual entendeu não violar o direito à vida nem a dignidade da pessoa humana, ressaltando que a utilização das células-tronco embrionárias, derivadas de embriões provenientes de fertilização artificial, obtidos fora da relação sexual, não implica aborto (STF, 2018).

Em 2012, a Suprema Corte julgou a ADPF 54, decidindo por maioria dos votos que não há crime de aborto de fetos anencefálos, conhecido como aborto eugênico, considerando “que havia conflito apenas aparente entre direitos fundamentais, porque, em contraposição aos direitos da mulher, se encontra um ser, embora biologicamente vivo, juridicamente morto” (STF, 2018, p. 24).

De acordo com o STF, em consonância com a Lei 9.434/1997:

o diagnóstico de morte encefálica constitui o marco para declarar-se determinada pessoa como morta. Portanto, a interrupção da gestação, no caso de anencefalia, constituiria conduta atípica em razão da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente (STF, 2018, p. 24).

Para França, a anencefalia trata-se de uma “grave alteração fetal caracterizada por um defeito no fechamento do tubo neural, estrutura que dá origem ao cérebro” (FRANÇA, 2017, p. 818). Em tese, pode-se dizer que esta anomalia torna a vida fora do útero impossível.

Por fim, em 2016, o STF julgou o HC 124.306 referente ao “pedido de revogação de prisão preventiva decretada contra os

impetrantes, presos em flagrante, devido à suposta prática de crime de aborto com o consentimento da gestante”, entendendo que o tipo penal do aborto deveria ser interpretado “conforme a Constituição para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre” (STF, 2018, p.22).

Em síntese, o STF sustentou que criminalizar a mulher por interromper a gravidez até a 12ª semana de gestação, viola seus direitos fundamentais, sua autonomia, direitos sexuais e reprodutivos, integridade física, entre outros. Tais restrições ultrapassam os limites constitucionalmente aceitáveis.

### 3. VIDA x LIBERDADE - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM COLISÃO

#### 3.1 Argumentos Pró-vida:

É possível falar em liberdade, dignidade, igualdade, entre tantos outros direitos, sem que impere sobre todos o direito à vida? (STURZA, 2015). Viver é um direito fundamental e essencial para o ser humano e, por meio deste, é possível condicionar e validar os demais direitos da personalidade.

Neste contexto, é o que defende Diniz:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo (DINIZ, 2010, p.21).

Diniz reforça, ainda, que manter o respeito à dignidade humana é o grande desafio do século, que a vida deve ser protegida “contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes” (DINIZ, 2010, pg. 27).



Para Moraes o “direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, 2003, p. 64). O Estado deve garantir o direito de viver do indivíduo e que esta vida seja digna.

Neste mesmo sentido, aduz Catão que:

A vida humana é um bem eminentemente dinâmico, visto que é uma força que a si mesma se vai completando e que o nosso Direito considera devida dimensão, pois a declara inviolável (art.5º, caput, da CF). Então não há apenas um direito de vida (à preservação da vida existente), mas também um direito à vida (ao processo evolutivo vital e até mesmo à consecução do nascimento com vida) (CATÃO, 2004, p. 156).

Em se tratando dos Direitos do nascituro, o art. 2º do atual Código Civil expressa que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, trata-se da teoria concepcionista, majoritariamente aceita pela doutrina e aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ao analisar, recentemente o Resp nº 1.415.727 entendeu que:

[...] 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. [...] 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no Documento: 1346306 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/09/2014 Página 1 de 6 Superior Tribunal de Justiça qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. **Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.** (STJ – Resp: SC 2013/0348426-1, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Publicado em: 19/06/2017). [g.n.]

É notório que o nascituro usufrui de personalidade jurídica formal desde a concepção e ao nascer com vida adquire personalidade jurídica material, caso nasça morto merece a proteção jurídica no tocante aos direitos de personalidade, como nome, imagem, sepultura, entre outros (DINIZ, 2010).

Considerando a importância de se preservar a vida daquele, também tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 478/2007, que trata do Estatuto do Nascituro, visando proibir qualquer prática ou ato de violência contra o nascituro gerado naturalmente, por técnicas médicas ou fertilização *in vitro*.

O Estatuto afirma que o nascituro somente adquirirá personalidade jurídica após o nascimento com vida, mas defende a ideia de que este tem natureza humana desde o momento em que foi concebido, possuindo o direito à proteção jurídica, principalmente no que tange ao direito à vida.

Logo, uma vez que o direito de liberdade e de escolha da mulher estiver sendo cerceado, também, não estará ela cerceando o direito de viver do próprio filho? Como bem descreve Bento XVI, “então haverá que perguntar-se: Que tipo de liberdade é essa, entre cujos direitos se conta o de suprimir, desde o princípio, a liberdade do outro?” (Bento XVI, 2005, p.212).

Posto isso, de acordo com Silva, torna-se “injustificável a interrupção da vida intrauterina que não se evitou, numa sociedade e numa época em que há muitos recursos para evitar uma gravidez” (SILVA, 2005, pg.203). O direito à vida constitui a fonte primária de todos os bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, se não erigisse a vida humana como principal.

### 3.1.1. Direito à vida sob a ótica da Bioética e Biodireito

Bioética é uma ciência que se fundamenta em conceitos filosóficos. Entretanto, não se reduz ao um ramo da Filosofia. Preocupa-

se em dar respostas exatas e autônomas, mas não se atém, portanto, a definir o conceito de bem ou como agir com a moral, tampouco se confunde com a ética. É na verdade, uma ciência complexa, alicerçada por um conjunto de normas formais e rigorosas, norteadas por princípios, como: autonomia, beneficência, justiça, todos aplicados no mundo científico e tecnológico.

Neste sentido descreve Diniz que:

A bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal (DINIZ, 2010, p. 9).

Esta ciência não estabelece normas deontológicas visando à punição dos profissionais da saúde, busca, apenas, questionar a partir de seus princípios o humanismo, a legalidade e a legitimidade aplicadas na conduta desses profissionais. Além disso, analisa e aplica decisões em uma sociedade, conforme seus valores, sem se afastar da realidade e das raízes históricas e culturais.

É essencial, também, uma análise da bioética concernente à vida humana. Para esta ciência é de extrema relevância o respeito à vida. Mas o que definimos como vida humana? Para Junqueira, valendo-se do conceito da Embriologia, “a vida humana inicia-se no exato momento da fecundação, quando o gameta masculino e o gameta feminino se juntam para formar um novo código genético” (JUNQUEIRA, 2011, pg. 16).

Eis, portanto, uma nova vida, com patrimônio genético próprio, com identidade genética firmada em um DNA progressivo/evolutivo. Sabe-se que, a vida é um conjunto de atividades frequente e ininterrupto, ao ocorrer, portanto, a interrupção, sucederá automaticamente à morte. Portanto, a partir dessa iniciação, merece essa vida ser respeitada.

O Biodireito, por sua vez, é considerado um novo ramo jurídico, que engloba o Direito Público. É uma junção entre a bioética e o direito que estuda os avanços tecnológicos, ligados à medicina, à biotecnologia, entre outros, e a evolução jurídica nesta esfera. Noutras palavras, o Biodireito nasceu para regulamentar e nortear

juridicamente a bioética, associando diversas matérias do Direito, como o Direito Constitucional, Civil, Penal, inclusive o Ambiental.

Este novo ramo do Direito é cercado de princípios fundamentais como o da autonomia, beneficência, sacralidade da vida, dignidade humana, princípio da justiça, cooperação entre os povos, princípio da precaução e ubiquidade. Esta ciência considera a vida “objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade” (DINIZ, 2010, p. 8).

Em suma, Diniz afirma que não se pode admitir “a adoção de qualquer conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o respeito a uma vida digna” (DINIZ, 2010, pg. 13), sendo, portanto, tal pensamento um dos pilares das normas e regulamentos do Biodireito que objetiva equilibrar as relações do mundo científico e tecnológico, visando seu progresso benéfico, principalmente em favor da vida, da integridade e dignidade do ser humano.

### 3.2. Argumentos Pró-Aborto:

O direito à liberdade, também cláusula pétrea, é a possibilidade de decidir e com isso autodeterminar-se, pressupondo a responsabilidade do indivíduo para consigo e para com a comunidade na qual está inserido.

De acordo com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789).

A chamada liberdade do querer, também protegida constitucionalmente, deve ser respeitada. Para Tonetto, a “liberdade é um aspecto essencial de nossa agência que exige deixar as pessoas livres para buscar qualquer concepção plausível da vida” e que este direito à liberdade é suficiente para amparar a mulher ao decidir interromper a gestação em situações específicas (TONETTO, 2018, pg. 62).

No entendimento do STF criminalizar a prática do aborto até a 12ª semana de gestação fere, “em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana” (STF - HC 124306, 2017, pg. 9). Expressa que essa autonomia é a autodeterminação de cada indivíduo para tomar decisões e fazer escolhas, não cabendo ao Estado e à sociedade interferir neste direito.

Enfatizou que, tipificar a conduta, além de violar a autonomia, viola também outros “direitos fundamentais da mulher, em especial, os direitos sexuais e reprodutivos; a integridade física e psíquica” (STF, 2018, pg. 23). Contudo, o Estado impõe a essa mulher uma obrigação de manter uma gestação indesejada.

Destaca, ainda, que um dos principais aspectos de autonomia da mulher “é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez” (STF - HC 124306, 2017, pg. 9). Há, neste contexto, um cenário ainda mais preocupante: mulheres de baixa renda, que na grande maioria buscam por procedimentos clandestinos e precários, o que favorece as mutilações e os óbitos, quando poderiam realizar tal procedimento de forma segura no sistema público de saúde, caso não houvesse a criminalização da conduta (STF, 2017).

Acriminalização viola, ainda, o princípio da proporcionalidade. Isso porque o meio usado não se mostra adequado para proteger o bem jurídico tutelado, já que diversas pesquisas demonstram que a proibição não diminui o número de abortos, mas apenas impedem que eles ocorram de maneira segura. **Além disso, é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos aos direitos das mulheres do que a criminalização, tais como educação sexual, programas de planejamento familiar, distribuição de contraceptivos e assistência especializada à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas** [g.n.]. Por fim, a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais

para o sistema de saúde muito superiores aos benefícios da criminalização (HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 09-08-2016, DJE de 17-03-2017).

Nota-se que a Suprema Corte enfatiza a importância de se preservar os direitos fundamentais da mulher, sua vida, seu corpo e suas escolhas. Além disso, enfatiza, que buscar por clínicas clandestinas e precárias contribuem muito para as mutilações, agravando, muitas vezes, para o óbito. Contudo, também, não será o feto dilacerado, mutilado e morto?

É possível visualizar proporcionalidade na conduta, uma vez que a própria Suprema Corte reconhece que o Estado pode evitar os abortos de forma eficaz e “menos lesivos aos direitos das mulheres do que a criminalização, tais como educação sexual, programas de planejamento familiar, distribuição de contraceptivos e assistência especializada à mulher” (STF, 2018, pg. 23).

Há, portanto, uma visível colisão de princípios e, a pergunta que não quer calar: qual, de fato, deve prevalecer? De acordo com Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também jurídicas” (ALEXY, 2008, pg. 90).

Quando se trata de conflito entre direitos fundamentais, não há que se aplicar a invalidação, mas é necessário a aplicação da ponderação e decidir qual deve prevalecer. É o que destaca Alexy, ao descrever tais colisões:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida a cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 94)

A ponderação pode ser entendida como de: princípios, interesses e valores, por vezes são considerados como sinônimos. A ponderação de princípios “deve respeitar três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Aplicar estes postulados não se resume a apenas citá-los na decisão. Estes são, assim, os três elementos da estrutura analítica da ponderação” (MAIA, 2013, pg. 211).

Ao analisar o HC 124306, o Ministro Roberto Barroso argumentou que direitos fundamentais sujeitam-se a limites e restrições expressas. “E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais”. E em ambos os casos a solução será a aplicação da razoabilidade ou proporcionalidade (STF - HC 124306, 2017, pg.7).

A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, consequentemente, o controle intersubjetivo das decisões. (HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 09-08-2016, DJE de 17-03-2017).

Ao analisar o caso concreto, considerou ser a legislação penal defasada, principalmente no que se refere aos crimes constantes nos arts. 124 e 128 do CP, frente às decisões mais recentes do próprio tribunal, a exemplo – a decisão da ADPF nº 54 e a própria decisão do referido *habeas corpus*. Considerou, ainda, que a forma com que a lei criminaliza a prática do aborto torna mais ineficaz proteger o nascituro, uma vez que os abortos continuam ocorrendo e de forma ilegal e clandestina.

Apesar de defender os direitos fundamentais da mulher em decidir sobre abortar ou não até a 12ª semana de gestação, enfatizou, também, que “o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolvem”. Não criminalizar a conduta, não necessariamente se estará contribuindo para a disseminação do procedimento. O que se pretende é que ele seja raro e seguro (STF - HC 124306, 2017, pg.6).

No livro de Provérbios (20;10) há a seguinte frase: “Dois pesos e duas medidas”. Isso, trazendo para o debate ora em tela, condiz com a técnica de ponderação aplicada pelo STF aos princípios fundamentais do Direito à vida e Direito à liberdade em colisão e, notadamente, a Suprema Corte considerou que a liberdade da mulher, sua autonomia e dignidade prevalecem ao direito de viver do feto até a 12ª semana de gestação, corroborando com a proposta de descriminalizar o aborto, prevista especificamente no inciso IV do artigo 128 do Projeto de Lei nº 236, de 2012.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, embora a proteção à vida seja uma responsabilidade individual e do Estado, haja vista estar expressamente previsto no art. 5º da CF/88, não se trata de um princípio absoluto, e no que tange à descriminalização do aborto, a garantia de inviolabilidade do direito de viver do feto até a 12ª semana de gestação, quando em colisão com o direito à liberdade da mulher de ter escolhas e autonomia sobre o próprio corpo, perecerá.

Não obstante ser o Brasil um país predominantemente religioso e contrário à legalização do aborto, as leis e as decisões judiciais caminham no sentido de descriminalizar a conduta, tendo em vista as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, como a permissão do aborto de fetos anencefálos, conhecido como aborto eugênico, bem como o recente julgado do HC 124306, endossando o que foi proposto no PL nº 236/2012, em seu art.128, IV.

#### 5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*/Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em setembro de 2015.

BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em setembro de 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)>. Acesso em setembro de 2015.

BRASIL. *Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em nov de 2015.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em setembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em setembro de 2015.

BRASIL. *PROJETO DE LEI - PL 478/2007*. Luiz Bassuma, Miguel Martini. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/>>Acesso em out 2015.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/>>. Acesso em julho 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. *ECA*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 26.7.2015.

BRASIL. PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 236 de 2012. *Reforma do Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 27.4.2015

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27.4.2015.

BÍBLIA. *ANTIGO TESTAMENTO – Provérbios*. Disponível em: <https://pesquisa.biblia.com.br/>. Acesso em 19 de ag de 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso do Direito Penal: parte especial*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 2.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: Transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo. Editora Mandras. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*/ Maria Helena Diniz – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7ª edição. Revista, aumentada e atualizada. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*/ Genival Veloso de França – 9ª ed. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*/ Genival Veloso de França – 11 ed. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

JACOBSEN, Eneida. *A história do aborto*. Resenha de: GALEOTTI, Giulia. Historia del aborto: los muchos protagonistas e intereses de una larga vicissitude. Buenos Aires: Nueva Visión, 2004.128p. Rev. Eletrônica do Núcleo de Est. E Pesq. Do Protestantismo da Escola Superior de Teologia – EST. Disponível em: <<http://www3.est.edu.br/nepp>>. Acesso em setembro de 2015.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. *Bioética: conceito, fundamentação e princípios*. Módulo Bioética. Ed., Dist. E informações – Universidade Federal de São Paulo.

MAIA, Isabela Rebouças. *O QUE É ISTO - PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS?*. XII SEPA - Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, UNIFACS, 2013. <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa>. Acesso em 16 de ago de 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

RATZINGER, Joseph. *Aborto, Liberdade e Direito*. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org>>. Acesso em nov 2015.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., revista e atualizada. Termos da Reforma Constitucional n. 48, de 10.8.2005.

STURZA, Janaína Machado. *A PROTEÇÃO AO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Controvérsias Acerca do Aborto de Anencéfalos*. Direito em debate. Revista do Departamento de Ciências jurídicas e sociais da Unijuí. Ano XXIV nº 44, jul.-dez. 2015 – ISSN 2176-6622 <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>. Acesso em 16 de ago de 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: *Resp: SC 2013/0348426-1*, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJ:19/06/2017. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/470051930/recurso-especial-resp-1413586-sc-2013-0348426-1>. Acesso em 16 de ago de 2020.

STF. Boletim de Jurisprudência Internacional. *Aborto*. Vol.3 – junho de 2018. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3\\_ABORTO.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3_ABORTO.pdf). Acesso em 18 ago de 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC: 124306 RJ – RIO DE JANEIRO, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ:09/08/2017. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772396220/habeas-corpus-hc-124306-rj-rio-de-janeiro-9998493-5120141000000?ref=juris-tabs>. Acesso em 18 de ago de 2020.

TONETTO, Milene Consenso. *O direito humano à liberdade e a prática abortiva brasileira*. Rev. bioét. (Impr.). 2018; 26 (1): 58-66. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Bio%C3%A9tica\\_v.26\\_n.1.07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Bio%C3%A9tica_v.26_n.1.07.pdf). Acesso em ago de 2020.

ZIMERMAN, David E. *Etimologia de termos psicanalíticos* [recurso eletrônico]/David E. Zimerman. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2012.