

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA  
CURSO DE DIREITO

THAMELA SILVA ALVES

**ABORTO: UMA VISÃO CRÍTICA A CERCA DA DECISÃO DO STF NO  
HABEAS CORPUS DE N°124.306- RJ**

VITÓRIA  
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA  
CURSO DE DIREITO

THAMELA SILVA ALVES

**ABORTO: UMA VISÃO CRÍTICA A CERCA DA DECISÃO DO STF NO  
HABEAS CORPUS DE N°124.306- RJ**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Penal

Orientadora: Profª. Marianne Rios Martins

VITÓRIA  
2017

## ABORTO: UMA VISÃO CRÍTICA A CERCA DA DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS DE N°124.306- RJ

Thamela Silva Alves<sup>1</sup>

Prof. Orientador de Conteúdo: Fabiano Lepre Marques<sup>2</sup>

Profª Orientadora de Metodologia: Marianne Rios Martins<sup>3</sup>

### RESUMO

A questão do aborto é um assunto que vem amplamente sendo discutido, pois esta ligada a valores sociais, religiosos, econômicos e jurídicos. Essa questão é polêmica e vem sendo discutida para que deixe de ser crime, ou seja, o que se quer é a descriminalização do aborto no Brasil, em face do código penal vigente criminaliza a prática do aborto como crime. Tendo em vista a grande repercussão causada pelo STF em decisão que descriminaliza o aborto no primeiro trimestre de gestação, é que optou-se em realizar o estudo sobre os aspectos que envolvem essa prática em nosso país. Outro fator importante é o direito a vida do nascituro previsto pelo código civil e pela Constituição Federal versus o princípio da dignidade da pessoa humana. Para enriquecer a pesquisa, trouxe-se jurisprudências e doutrinas onde será feita uma reflexão da inconstitucionalidade frente ao princípio da dignidade da pessoa humana e esclarecendo que essa tal decisão fere os princípios e garantias constitucionais. Esclarecendo que tal princípio tem amparo na Constituição Federal e Tratados Internacionais, como também uma análise do conceito de aborto e a conjectura do aborto ilegal e legal

**Palavras-chave:** Aborto; Dignidade da pessoa humana; Direito a Vida.

### ABSTRACT

The issue of the abortion is a subject that has been widely discussed, since it is linked to social, religious, economic and legal values. This issue is controversial and has been discussed to stop being a crime, that is, what is wanted is the decriminalization of abortion in Brazil, given the current criminal code criminalizes the practice of abortion as a crime. Considering the great repercussion caused by the STF in a decision decriminalizing abortion in the first trimester of pregnancy, it was decided to carry out the study on the aspects that involve this practice in our country. Another important factor is the right to life of the unborn child provided for by the civil code and by the Federal Constitution versus the principle of the dignity of the human person. In order to enrich the research, jurisprudence and doctrines have been brought to reflect on the unconstitutionality of the principle of the dignity of the human person and

---

<sup>1</sup>Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória.

<sup>2</sup>Professor Universitário, Advogado, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória-ES (FDV).

<sup>3</sup>Professora Universitária, advogada, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória-ES (FDV).

clarifying that this decision violates constitutional principles and guarantees. Clarifying that this principle has support in the Federal Constitution and International Treaties, as well as an analysis of the concept of abortion and the conjecture of illegal and legal abortion

Keywords: Abortion; Dignity of human person; Right to life.

## **INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente artigo é fazer uma análise do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao HC nº. 124.306-RJ não em relação à matéria que compunha o pedido (revogação de Prisão Preventiva), mas com referência a matéria extrapolante em especial do voto do condutor, Ministro Luiz Roberto Barroso.

Para tanto, será feita uma reflexão da inconstitucionalidade da decisão, frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe esclarecer que referido princípio encontra amparo no sistema jurídico brasileiro, Constituição da República Federativa do Brasil e Tratados Internacionais no qual o Brasil é signatário – se estabelece uma relação direta com assuntos e conceitos pertinentes ao contexto laborativo, pois a inserção no mundo do trabalho faz parte do imaginário comum e tem como pressuposto a necessidade de formação superior.

Sob esse ponto de vista, é importante fazer uma análise crítica da decisão do STF, no qual ocorreu sem a interferência do legislativo. Portanto, um bom questionamento a ser feito, seria saber os motivos que levaram a Suprema Corte a adotar essa posição.

Nesse contexto, o presente artigo visa responder ao seguinte questionamento: A decisão da Suprema Corte no Habeas Corpus de nº 124.306 fere os princípios e garantias Constitucionais? A problematização está relacionada ao conflito jurídico criado pelo Supremo ao decidir sobre a descriminalização do crime de aborto no primeiro trimestre de gestação. Tal providência, certamente levará a um conflito com o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa maneira, é

possível perceber a existência gritante de uma diferença entre os direitos adquiridos na Constituição Cidadã e a nova decisão do STF que trata sobre a matéria.

Por tanto, o artigo irá demonstrar através de pesquisa bibliográfica, a possibilidade de que a decisão da Suprema Corte esteja em desacordo com a Carta Magna da República e a legislação vigente. Nesse contexto, o trabalho enfrentará diretamente a ilegalidade da decisão, principalmente sob o ângulo do aborto no terceiro trimestre da gestação.

A pesquisadora se interessou pelo tema, tendo em vista a alta relevância social, jurídica e dentre embates doutrinários que a determinada decisão causou no ordenamento jurídico, visando assim um melhor esclarecimento do caso em tela e das possíveis inconstitucionalidades praticadas pelos Ministros da Suprema Corte, uma vez que afastaram a tipificação do aborto e concederam a liberdade provisória aos acusados, quando deveria ter concedido à prisão preventiva dos mesmos.

A relevância jurídica também se faz presente, por ver que atualmente os operadores do direito não têm uma opinião formada sobre o tema. O nascituro como é conhecido o feto que ainda está no ventre é munido de direitos e seus direitos estão expressos na Constituição Federal, no Código Civil, Tratados Internacionais e no Estatuto da Criança e Adolescente, mas as teses usadas pelos STF no caso propriamente dito vêm gerando insegurança jurídica para a sociedade.

A fim de se atingir os objetivos desse projeto utilizar-se-á a pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que serão abordados conceitos doutrinários e jurisprudenciais para equacionar o problema apresentado na tentativa de criar uma solução para o conflito.

Os setores de conhecimento abrangidos pela presente pesquisa apresentam caráter transdisciplinar, com incidência de investigações contidas entre searas distintas da Ciência do Direito, tais como o Direito Penal e o Direito Constitucional. No campo do Direito Penal, destaca-se o enfoque ao crime de aborto (art.124-126). Quanto à incidência do Direito Constitucional, destaca-se a referência à garantia fundamental do direito a vida (art. 5, caput).

O artigo em tela será dividido em 03 (três) capítulos. O primeiro deles, intitulado “Conceito de Analítico do Aborto” que analisará o conceito de aborto, as espécies de aborto, a proteção Constitucional do direito a vida e Pacto de San José da Costa Rica e o conflito entre o direito de abortar e o direito a vida. O segundo capítulo, sob o título “Análise do HC nº 124.306” analisará a vista-voto do Min. Barroso e o direito a vida à luz da constituição. Por fim, o capítulo final, tendo por título “Crítica ao Entendimento da Suprema Corte em face ao HC 124.306- RJ” fará uma crítica ao entendimento do STF em relação à descriminalização do aborto e por fim sugestão do problema apresentado.

## **1 CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME DE ABORTO**

Se falando de aborto é notório saber que existem diversos pareceres sobre o assunto, existindo com isso várias vertentes, na esfera religiosa a igreja Católica proíbe a prática de aborto alegando que a vida começa no momento em que o óvulo se funde com o espermatozóide, não podendo assim ser interrompida. Cientificamente o aborto é a interrupção precoce da gravidez, sendo espontânea ou provocada, com a remoção ou expulsão de um embrião (antes de oito semanas de gestação) ou feto (depois de oito semanas de gestação), resultando na morte do mesmo ou sendo causada por ela. Isso faz cessar toda atividade biológica própria da gestação. Porém, compreende também o entendimento jurisprudencial, no qual o Código Penal não define um conceito significativo sobre o que é o aborto ou o que lhe define.

Todavia, sempre que o tema aborto vem à tona gera-se uma grande discussão, pois existem várias teses rodeadas em torno do aborto, afirmando que a vida começa no momento da fecundação, ocorrida dentro do útero da mulher, tese na qual é adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, entretanto como no direito há posicionamentos divergentes, afirma que a vida inicia apenas depois que o feto possui formação completa.

Cabe analisar o que diz o Professor Fernando Capez sobre o conceito de aborto:

“É a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. 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, Fernando 2013, pag.144).

Sobre o conceito leciona também o doutrinador Frederico Marques:

“Para o direito penal e do ponto vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção” (MARQUES, Frederico. Tratado direito penal, v. IV, pag.183).

O aborto nada mais é do que o encerramento da gravidez, resultando da morte do feto em formação, ou seja, é a destruição do ser da concepção que pode ser realizado pela própria gestante ou por terceira pessoa.

## 1.1 ESPÉCIES DE ABORTO

O crime de aborto é considerado uma ação livre, pois pode ser feito de várias formas desde que atinja o objetivo final que é a morte do feto. Existem delitos da ação que podem ser divididos em três, quais sejam: os meios químicos/orgânicos, que é o chumbo, o mercúrio e os remédios abortivos; o psíquico, quando se dá por meio de susto e físicos, quando se realizada por força física ou até mesmo uma violência.

Como já visto acima, há várias formas de provocar o aborto e chegar ao resultado final, nesse sentido temos duas espécies de aborto. O aborto natural ou espontâneo que é quando o próprio organismo expulsa o produto da concepção, nesse caso não há interesse para a Lei Penal; e o provocado (dolosa ou culposa), também conhecida como acidental, que nesses casos há grande relevância para Lei Penal Brasileira. O crime de aborto esta abordado no Código Penal Brasileiro de 1940, na parte de Crimes Contra a Vida nos arts. 124 a 128.

O aborto provocado pela própria gestante ou consentido esta previsto no Código Penal Brasileiro em seu art. 124, quem realiza é a própria gestante, ou seja, ela mesma usa suas próprias mãos para tal prática. É possível na hipótese a participação de um terceiro que estará fornecendo para a gestante os materiais necessários para efetuar o crime.

O aborto provocado pelo terceiro sem o consentimento da gestante, expresso no Código Penal em seu art. 125 é a conduta mais gravosa, vendo que a gestante não aprova o consentimento para a prática do delito, mas ao mesmo tempo o terceiro usa meios ou manobras para a consumação.

Ressalta-se também que compreendido o objeto, o sujeito passivo do crime é o embrião/ feto. A gestante só passa a ser sujeito passivo nos casos de aborto sem o consentimento da mesma.

O aborto consentido expresso no art. 126 do referido Código a gestante consente para que terceiro realize o aborto, sendo aqui possível o concurso de pessoas, por exemplo, a enfermeira que auxilia o médico numa clínica abortiva a praticar o delito.

Os crimes acima mencionados só podem ser praticados a título de dolo, não é possível na forma culposa conforme art. 18 do Código Penal, porém há de se falar que se um terceiro culposamente provocar aborto, responderá por lesão corporal culposa. Nesse sentido, a imprudência da gestante que causa o aborto, responde por lesão corporal culposa.

Como pode se ver a manifestação de Fernando Capez:

“É o dolo, direto ou eventual, na primeira hipótese e a vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção. Na segunda hipótese, há apenas a assunção do risco do resultado. Não se admite a modalidade culposa. A conduta do terceiro que, culposamente, dá causa ao aborto, dirá com o delito de lesão corporal culposa, em que a vítima a gestante. Finalmente a conduta da mulher que provoca a morte do feto atípico, pois não se pune a autolesão”. (CAPEZ, Fernando 2013, pag. 151)

Há também que se falar do aborto elencado no art. 128 do Código Penal, que é o aborto legal (aborto autorizado pela lei). É um aborto praticado pelo médico que não tendo outra forma de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultado



de um crime de estupro e sendo consentido da mulher, não há que punir quem o pratique.

A doutrina trata essa questão, como estado de necessidade, ou seja, se temos uma vida da gestante e a do feto em perigo, uma delas deverá sobreviver e a outra deverá se destruir. Nesse sentido o doutrinador Rogério Greco se manifesta:

“Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário. Isso porque, segundo se deduz da redação do inciso 1º do art. 128 do Código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista. A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto. Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade, desde que presentes todos os seus requisitos, elencados no art. 24 do Código Penal” (GRECO, Rogério, v II. pag. 246).

Nesse modo somente o médico pode determinar a interrupção da gravidez, vale destacar que o aborto necessário não dependendo consentimento de familiares ou da gestante. Pois só o médico por se único e profissional habilitado terá direito a decidir o que será melhor para a gestante se salvar.

O aborto realizado por médico decorrente de um crime de estupro é indispensável o consentimento da gestante, e a mesma não é obrigada gerar um filho decorrente de tal crime e o Estado não tem o direito de obrigá-la a gerar. Sobre esse assunto Fernando Capez menciona:

“Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe acarreta”(CAPEZ, Fernando 2013 pag.160).

Frederico Marques compreende que na gravidez resultante de estupro, o aborto realizado não é antijurídico e menciona:

“Nos termos em que o situou o Código Penal, no art. 128, II, trata-se de fato típico penalmente lícito. Afasta a lei a antijuridicidade da ação de provocar aborto, por entender que a gravidez, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a *ratioessendi* da impunidade do fato típico” (MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v2, pag. 218).

Em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores fundamentais, entre a mulher violentada e o feto é melhor resguardar o que já existe e o que tange o direito do feto venha a perecer frente ao da gestante.

Há que se falar também, no aborto de feto anencefálico onde o Min. Gilmar Mendes votou pela procedência da ADPF nº 54 de 1012, que não se deve punir o aborto praticado por médico o feto tem portador da anencefalia por ser uma morte cerebral, é um natimorto, logo não tem vida no sentido de que esteja tutelado na norma penal de aborto, tal fato é formalmente atípico. Onde o médico deve se documentar constatando a anencefalia e inviabilidade da vida, com isso tudo provado sem autorização judicial o médico faz o aborto, porém a mulher decide se quer abortar ou não, caso queira abortar não pode se falar em crime.

Como visto acima, a prática de aborto é sem dúvida um crime posto que, desde a concepção há de ser falar em vida do nascituro. Podendo a detenção ser de 1 a 10 anos conforme a situação do delito, só é permitido o aborto nos casos de salvamento da vida da gestante ou se for resultante de um crime de estupro, tendo em vista que só o médico legal e habilitado poderá fazer tal procedimento não precisando de autorização judicial da gestante ou de seus familiares.

## 1.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO A VIDA E PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA

A palavra vida significa existência. Palavra essa proveniente do latim “vita”, decorrente do direito do ser humano, o valor da dignidade da pessoa humana e o direito a vida é claramente expresso no nosso ordenamento jurídico como um bem precioso a ser resguardado.

Sobre o direito a vida, Alexandre de Moraes menciona:

“A Constituição Federal, proclama, portanto, o direito a vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna à subsistência” (MORAES, Alexandre 2003, pag. 50).

Mesmo com todo o amparo na Constituição, ainda é de se observar que o bem-jurídico vida tem sido resultado de conflitos doutrinários e jurídicos, deve-se observar que a referida decisão do HC 124.306 proferido pela Suprema Corte, gera um desconforto e uma insegurança jurídica no ceio da sociedade. Quem está na incumbência de resguardar os Direitos e Garantias Constitucionais, acaba indo na contra mão da Carta Magna, que expressa em seu artigo 5º;

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988).

Dessa maneira leciona José Afonso da Silva

“Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é, algo que não pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa. Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais. No dizer de Orlega y Gasset, mencionado por RecasénsSiches, “la vida consiste em lacompresencia, em la coexistência delyo com um mundo, de um mudo conmigo, como elementos inseparables, inescindibles, correlativos”. A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos” (AFONSO, José da Silva, 2005. pag.197-198).

A Constituição Federal por ora, se silencia mediante a questão do aborto. Não obstante a vida, ainda é o maior direito expresso na mesma, e vai desde o momento da concepção, pois o direito à vida é inviolável. Vale mencionar que o tal princípio é Cláusula Pétrea, por se apresentar em conformidade ao art.6,§ 4º, IV da CF.

Há apenas uma exceção constitucional prevista no ordenamento jurídico onde expressamente no art. 84, XIX da Constituição Federal permite tirar uma vida, que seja a pena de morte, onde somente ocorre no caso de guerra declarada pelo Presidente da República. Sendo assim, há de se ver que o direito a vida é um direito constitucional de continuar a viver e ter uma vida digna com garantias básicas para o ser humano viver com decência.

O Brasil faz parte dos tratados Internacionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais e os tais devem ser observados. Neste íterim, vale ressaltar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diz em seu artigo 1º,§2º Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (CIDH/69)

A Convenção Americana ainda acrescenta que:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente(CIDH/69).

A Convenção sobre os direitos da criança acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo como direito das mesmas dentre o qual é direito à vida, onde estamos mais uma vez frente ao direito à vida que se refere também ao início da concepção. Ao ser ratificado continuou assumido o dever direito da criança, expressamente no art. 6º elenca

“1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (BRASIL, 1990)

O Brasil também é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o referido pacto defende a inviolabilidade do direito a vida, como também outros Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos que o Brasil assinou. Por fim vemos a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, ora ratificada pela 2º Conferência dos Direitos do Homem em Teerã, onde se prevê:

Considerando que a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção especial e de cuidados também especiais – Sobretudo de uma proteção jurídica apropriada, tanto antes como depois do nascimento [...] A criança deve poder crescer e desenvolve-se de maneira sadia: com tal fim, devem assegurar-se-lhe cuidados especiais e uma proteção especial, tanto como a sua mãe, sobretudo cuidados pré-natais adequados.

A Convenção é clara ao dizer que o nascituro é uma pessoa, e tem por direito a vida desde a sua concepção. A vida é o bem mais relevante de todo ser humano, não há no que se falar em dignidade da pessoa humana que é um fundamento da República Federativa do Brasil sem falar na vida, pois não há dignidade sem vida.

Sendo por razão da proteção à vida que foi criminalizado o crime de aborto, no entanto, admite-se o aborto (permitido pela lei) apenas em duas hipóteses, a primeira para salvar a vida da gestante e a segunda se for resultante do crime de estupro.

### 1.3. CONFLITO ENTRE O DIREITO DE ABORTAR E O DIREITO À VIDA

Para uma boa elucidação do subtópico e entender a base jurídica para a referida decisão concedida pela Suprema Corte, é preciso uma análise sobre uma visão mundial e com parâmetros na legislação mundial, ainda que o presente artigo mantenha uma visão crítica sobre o ponto de vista da política criminal mundial que traz vertentes inovadoras.

E evidente que o anteprojeto de lei de reforma da parte especial do Código Penal Brasileiro, tenta uma aproximação com a visão mundial e de certa forma uma diminuição das penas de crimes como o auto aborto e o aborto consentido, há tempos tal assunto vem sendo tratado pelos maiores tratadistas do Brasil. Por outro lado, tem-se a idéia de um novo aumento de pena quanto à finalidade do agente ativo do aborto consensual provocado por terceiro, for para aferir lucros.

Na legislação mundial, o aborto recebe diversas classificações criminológicas. Como por exemplo, a Argentina, Brasil, Bolívia e outros, classificam-no como crime contra a pessoa, “pessoa essa sendo sujeito de direito, o ponto de referência, o centro de imputação do ordenamento jurídico” palavra essas ditas por *Custódio Silveira*.

Contudo, os adeptos da prática abortiva alegam que o aborto está dentro dos direitos individuais da mulher gestante, ver-se-á que a Suprema Corte segue uma linha de pensamento parecido. Mas em um país, deve ser regido por sua Constituição, e devem-se respeitar os princípios e garantias fundamentais, como o direito à vida, a igualdade na forma da lei. Dessa maneira fica evidente que o aborto não faz parte do “direito individual” da mulher, mesmo se houver silêncio por parte daqueles que são guardiões da Constituição.

Torna-se desnecessário, afirmar, repetidamente, que existe um conflito sobre o direito de abortar e o direito à vida, garantida ao feto. Por vez, os adeptos ao aborto tendem a sobrepor o homicídio intrauterino acima do direito à vida do feto.

O direito à vida é um direito individual, é uma exigência necessária para toda a pessoa humana, por isso tem de ser protegido, desde a concepção até a morte pelo Estado, o aborto não passa de uma sentença de morte de um ser inocente somente por ter vindo a existir, logo o direito à vida é uma cláusula pétrea da Constituição Federal.

O Código Civil em seu art. 13 diz que “Salvo por exigência medica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrair os bons costumes”, através disso eis que surge o quesito de que se a mulher tiver com uma gravidez indesejada poderia escolher se praticaria o aborto ou não justificando que pode fazer de seu corpo o que quiser. Contudo, o feto já concepto possui direito à vida, mesmo não tendo sua personalidade totalmente formada, a gestante não pode interromper o direito à vida do concepto, visando que o direito à vida não pertence a ela e sim ao nascituro.

Diante isso, o nascituro é um ser humano e tem como dever e direito fundamental a personalidade garantida, o Estado tem o dever de assegurá-lo disso.

## **2 ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 124.306 –RJ**

O tópico a seguir tem o objetivo de realizar uma abordagem mais aprofundada sobre o caso concreto, e abordar os aspectos de uma suposta inconstitucionalidade em relação ao posicionamento da Suprema Corte.

### **2.1 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO LUIZ ROBERTO BARROSO**

No dia 14/03/2013 um casal foi preso em flagrante devido à suposta prática dos crimes de aborto art. 126 e 288 ambos do Código Penal.

Na ocasião do acontecimento o juízo a quo concedeu a liberdade provisória aos indivíduos, o Ministério Público proveu recurso em sentido estrito, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, para a manutenção da ordem pública e na necessidade de assegurar aquilo que está contido na Lei Penal.

A defesa por sua vez impetrou HC no STJ e o mesmo não foi conhecido pelo STJ. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese. Deste modo, foi impetrado *habeas corpus* ao STF, sob a alegação de que não estavam presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Como ora já fora dito, o Ministro proferiu em um de seus argumentos que a criminalização do aborto, antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar de forma clara o princípio fundamental o princípio da proporcionalidade.

Em julgamento do referido Habeas Corpus o Min. Luís Roberto Barroso alegou não haver requisitos para a decretação do pedido de prisão preventiva, pois tinham residência própria e eram réus primários, com bons antecedentes criminais e que tal condenação poderia ser cumprida no regime aberto, o referido Ministro e os demais ministros, votaram a favor da descriminalização do crime de aborto e também desconstituiu a prisão preventiva cautelar, que assim se manifesta a ementa:

**Ementa:** DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os

direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar seus direitos de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, quem é que sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam, e portanto, a equiparação lenda do gênero depende de ser respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não tem acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. (BRASIL, STF 2016)

Os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, seguiram o voto do Min. Luís Roberto Barroso no que tange a discriminação do aborto até o primeiro trimestre de gestação, por entenderem que a criminalização é incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos, direitos da autonomia, direito da proporcionalidade e igualdade da mulher, não considerando assim o referido crime, por violar o direito da mulher.

A decisão proferida pelos Ministros vai à contra mão da referida Carta Magna que assim dispõe em seu artigo 5º:

**Art. 5º-** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida (BRASIL, 1988).

Com base no artigo da Constituição ora citado, é visível que houve uma afronta aos princípios Constitucionais, uma vez que o direito a vida não pode ser comparado a outros direitos fundamentais, tudo que possa atentar contra ela deve ser considerado crime.

Segundo Alexandre de Moraes:

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, Alexandre de, 2003. pag. 46-47).

Em sua concepção Moraes defende que a Constituição Federal assegura que o direito à vida consiste não só do direito de continuar vivo, mas também de se ter uma vida digna.



Do mesmo modo Maria Helena Diniz descreve:

“O direito a vida é protegido por normas jurídicas e apresenta umbiquidade, por existir em qualquer ramo do direito, inclusive nos direitos das gentes. A vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos poderes públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja ate mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável” (DINIZ, Maria Helena. pag.22/24).

Dessa maneira, observa-se que a vida é um bem maior e mais protegido do ser humano. Ninguém tem o direito de tirar a vida de uma pessoa nem mesmouma gestante tirar a vida de um nascituro, haja ela sem direito nenhum de saber o que é melhor para o nascituro. Visto que o mesmo tem o direito de ter uma vida digna e de desfrutar de suas garantias fundamentais.

Vale ressaltar o artigo que prevê o aborto legal praticado por médico, que se encontra no Código Penal em seu artigo 128, e dispõe da seguinte forma:

**Art. 128-** Não se pune aborto praticado por médico:  
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1942)

O Código Penal elenca os motivos pelos quais o aborto não é considerado crime em nosso ordenamento jurídico, o que não é o presente caso, pois os acusados já tinha uma clínica abortiva, lugar esse que cometia abortos de forma ilegal e já tinham o mandado de prisão preventiva aberta.

No julgamento os ministros fundamentaram seus votos na indagação de que é necessário se observar o princípio da proporcionalidade e do direito comparado, as garantias de liberdades sexual da mulher, igualdade, dignidade humana, dentre outras.

Ainda que a decisão não vá gerar de início uma jurisprudência, tais argumentos ferem os direitos do nascituro não concedendo a prioridade à vida dele em frente à mulher. É de se observar o direito conferido as mulheres, mas não se podem fechar os olhos quando a ao direito a vida.

Vale ressaltar que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais assim como o de Direitos Humanos, que afirmam que a vida é um bem inviolável. O principal acordo é o Pacto de São José da Costa Rica em que elenca no Decreto 678/1992 no seu artigo 4º:

Art. 4º - Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente (BRASIL, 1992).

E evidente que o entendimento da Suprema Corte, está completamente contra a Constituição Cidadã de 1988, que veio para resguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

No Brasil o aborto é considerado crime, mas o entendimento do ministro Luiz Roberto Barroso é de que o aborto deve ser tratado de forma relativizada. O ministro Barroso retomou uma discussão que sempre rende polêmicas. Ele afirmou que a criminalização do aborto até o terceiro mês fere diversos direitos fundamentais, entre eles, os sexuais e reprodutivos da mulher. O ministro também ressaltou a autonomia da mulher, o direito de escolha de cada um e a paridade entre os sexos. E alertou também para importantes questões como a integridade física e psíquica da gestante.

O Ministro Luiz Roberto Barroso e o Supremo Tribunal Federal estão violando de forma gritante o artigo 5º da Constituição, uma vez que querem legislar sobre determinado assunto. Os Ministros estão postos como guardiões da Constituição, não estando à incumbência de criar novas Leis. O direito a vida é um direito de todos, inclusive do nascituro, ainda que não seja considerada uma pessoa, o Código Civil resguarda o direito a capacidade Civil.

### 2.30 DIREITO À VIDA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Essa questão é extremamente delicada e complicada, uma vez que os efeitos colaterais de uma suposta descriminalização vai além da vontade da mulher ou seus direitos individuais. Os elementos ora mencionados repercute diretamente na

sociedade, no contexto social, religioso, moral e ético, pois existem visões divergentes.

Quando a Constituição menciona o direito a vida, ela não distingue e nem aplica o juízo de valor entre a vida intra ou extrauterina, mostra-se que não há diferenciação entre a vida dentro ou fora do ventre da mãe, conclui-se que é o Direito Penal que tem a responsabilidade de distinção, tipificando o aborto como crime.

A proteção ao direito à vida expresso no direito e garantias fundamentais, não fazem menção sobre etapas da vida embrionária, entende-se, que, o direito à vida estará amparado na sua completude. Por conseguinte é necessário observar que, o direito à vida é um dos direitos fundamentais aludidos pela Constituição Federal, logo, as leis infraconstitucionais, e neste caso, fala-se no direito penal, deverá respeitar a lei maior, resguardando os direitos fundamentais trazidos pela constituição.

Do mesmo modo o art. 60, § 4º, IV, da CF, traz o direito em discussão como cláusula pétrea, versando que não pode ser deliberada emenda constitucional que tende a abolir direitos e garantias individuais, dentre eles, a vida, e não adianta dizer que o nascituro não é indivíduo, porque, a partir do momento que o embrião se instala no útero, ele se individualiza e é constatada a alteridade entre ele e a mãe.

Com a referida decisão, abre-se uma enorme lacuna no Estado Democrático de Direito, com a decisão da primeira Turma do STF (Supremo Tribunal Federal), em que cometer aborto nos primeiros três meses de gestação não seria um delito, cria um insegurança jurídica e uma prévia para que juízes dêem sentenças de mesmo cunho em outros processos referente ao aborto.

### **3 CRÍTICA AO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE EM FACE AO HC 124.306- RJ**

Conforme redação do referido dispositivo legal é de pouca clareza, sendo assim três teorias foram arquitetadas em questão com diferentes prismas, teorias essas são: teorias natalista, condicionalista e concepcionista.

Pela primeira teoria natalista, o nascituro é considerado pessoa pelo Código Civil que a exige, a segunda condicionalista a personalidade civil que começa com o nascimento com vida e a terceira concepcionista, é que assegura a personalidade jurídica adquirida a partir do momento da concepção defendido por vários autores.

Desse modo, insta salientar o importante fato que o direito a vida é concedida ao nascituro pela Constituição Federal, regulamentada pelo Estatuto da Criança e Adolescente resguardando o direito de obter a vida desde a concepção. No mesmo modo, o Pacto de San José da Costa Rica ratificado pelo Ordenamento Jurídico assegura que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

É evidente que o entendimento da Suprema Corte em relação à descriminalização do aborto ao terceiro mês de gestação, fere, não só a Constituição como os Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário.

Tal decisão fere os direitos do nascituro, não dá prioridade à vida estes frente aos direitos da mulher. Torna-se compreensivo que as mulheres tenham seus direitos, mas é indispensável mencionar que ela tenha suas obrigações. A referida tese mencionada pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, de que a vida é variável conforme o estágio gestacional não se encontra amparado pela Lei Maior.

Contudo, não há de se realizar juízo de valor em relação à proporcionalidade, pois tal tese não está posta para comparar objetos distintos, como a vida do nascituro versus o bem-estar da mulher, ademais, não se encontra respaldos na legislação atual, que garanta a inviolabilidade do direito à vida (CF Art. 5º), fica evidente que a decisão tomada pela primeira turma do STF visa uma inovação legislativa por parte do judiciário, o Supremo simplesmente estão tentando usurpar a competência do Poder Legislativo que representa o povo e tem o dever de zelar pela preservação de sua competência legislativa.

“O papel do Supremo é julgar se uma lei é constitucional ou não. Não cabe a ele criar leis, pois não tem atribuição legislativa. Ao contrário, essa é atribuição do parlamento. Está na hora de fazer a Justiça brasileira entender qual é o seu papel. A cada audiência pública me convenço mais de que a vida começa na concepção e ninguém pode ser acintoso com ela. Deus deu a vida, só ele pode tirar, meu relatório será nessa linha”, adiantou.(Senador Magno Malta (PR-ES).

Como afirma também a Constituição Federal em seu artigo 2º, a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário o que supõe que cada um dos três poderes se limite a exercer as funções que lhe cabem. Daí que o Judiciário não pode legislar. Essa é uma prerrogativa do Legislativo. Não obstante seja assim, a invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário é alarmante.

Ante o exposto, é evidente e clara que a motivação dada à decisão sobre o HABEAS CORPUS 124.306-RJ é digna de repúdio, por ir contra os Direitos e Garantias Fundamentais, o Princípio do Direito à Vida, fere os Pactos Internacionais e por fim, fere o direito à vida do nascituro e a preservação da dignidade e saúde da mulher, facilitando que os profissionais da clínica clandestina de aborto continuem a explorar mulheres em situação de vulnerabilidade, e respondendo em liberdade por crime tipificado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho insta informar que descriminalizar o crime de aborto além de ir contra o Código Penal vai inconstitucionalmente contra a Constituição Federal, onde o nascituro possui direito a vida como também de usufruir de seus direitos resguardados para si. Não se pode permitir que uma gestante possa abortar até o terceiro mês de gestação sem que nada aconteça com ela, cabe analisar ainda que a Lei Maior deixa bem claro que “Todos tem direito a vida”, como também temos o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente onde nos mesmo encontra respaldo legal para o direito a vida do nascituro.

Permitir o aborto viola o princípio da proibição do déficit, uma vez que o direito penal deve usar de suas funções para proteger os bens mais essenciais da sociedade e não há dúvida de que a vida intrauterina é um desses direitos.

Pode-se concluir que a decisão da Primeira Turma foi literalmente equivocada ao usar suas interpretações, justificativas para descriminalizar o crime de aborto, sendo que violou uma cláusula pétrea da Constituição Federal. Não há efetiva proteção da vida e transgrediu o princípio da proibição da proteção. Ademais, usurpou competência exclusiva do Legislativo, pois o ato de legislar sobre quando se inicia a vida deve ser feito pelo órgão incumbido constitucionalmente.

Destarte, a decisão foi arbitrária e inconstitucional

## REFERÊNCIAS

ADPF é julgada procedente pelo Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863/> Acesso em 23 de set. 2017.

AFONSO, José da Silva. Curso de direito constitucional positivo: - 25. ed, revista atualizada nos termos da reforma constitucionalista, Emenda Constitucional nº 48, de 10.8.2005 – São Paulo: Malheiros Editores.

A Possibilidade Jurídica do Aborto. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2730/](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2730/) Acesso em 21 de set. 2017.

A utilização de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal – um estudo de caso. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177285/TCC%20-%20Polliana%20Corr%C3%AAa%20Morais%20-%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y/> Acesso em 27 out de 2017.

BELO, Warley Rodrigues. Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatados/ Warley Rodrigues Belo. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial - 13. Ed - São Paulo: Saraiva, 2013.

Código Civil. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm/) Acesso em 21 set. 2017

Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm/) Acesso 21 set. 2017.

Comentários ao Habeas Corpus 124.306. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-habeas-corpus-1243062016-decisao-da-primeira-turma-do-stf-que-considerou-o-aborto-ate-o-terceir,57788.html/> Acesso em 23 de set. 2017.

Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm/) Acesso em 21 set. 2017

GRECO, Rogério. Curso de direito penal, vol II: Introdução à Teoria da parte especial: Crimes contra a pessoa/ Rogério Greco – 11 ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015.

Habeas Corpus 124.306- RJ. Disponível em:

[file:///C:/Users/Dulce/Downloads/texto\\_307143202.pdf/](file:///C:/Users/Dulce/Downloads/texto_307143202.pdf/) Acesso em 10 set. 2017.

MARQUES, José Frederico. Tratado direito penal, vol. IV. Pag. 183

MORAES, Alexandre de Direito Constitucional/ Alexandre de Moraes. – 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

O Crime de aborto no Código Penal Brasileiro. Disponível em:

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2065/> Acesso em 12 de set. 2017

Os abortos do STF. Disponível em:  
<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/416933697/os-abortos-do-stf/> Acesso em 26 set. de 2017.

Pacto San José da Costa Rica. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm/) Acesso em 23 set. 2017.

Silveira, D. P Euclides Custódio. Crimes contra a pessoa. São Paulo: Max Limonad, 1959