



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ GERALDO DE PAULA JÚNIOR

**ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DOS
PRINCÍPIOS DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE HUMANA EM
FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

LAVRAS-MG

2019

JOSÉ GERALDO DE PAULA JÚNIOR

**ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA
DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE HUMANA
EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Denilson
Victor Machado Teixeira.

LAVRAS-MG

2019

JOSÉ GERALDO DE PAULA JÚNIOR

**ANÁLISE DA DESCRIMINAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DOS
PRINCÍPIOS DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE HUMANA EM
FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte
das exigências do curso de graduação
em Direito.

APROVADO EM: 06/11/2019.

ORIENTADOR(A)

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/Unilavras

MEMBRO DA BANCA

Prof^a. Me. Adriane Patrícia dos Santos Faria/Unilavras

LAVRAS-MG

2019

*Aos meus pais, Adriana e José
A minha irmã, Ana Carolina.*

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

P324a Paula Júnior, José Geraldo de.
Análise da descriminalização do aborto sob a ótica dos princípios do direito à vida e da dignidade humana em face da Constituição Federal de 1988 / José Geraldo de Paula Júnior; orientação de Denilson Victor Machado Teixeira. -- Lavras: Unilavras, 2019.
43 f.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte das exigências do curso de graduação em Direito.

1. Sistemas processuais penais. 2. Sistema inquisitivo. 3. Sistema Acusatório. 4. Constituição Federal. I. Teixeira, Denilson Victor Machado (Orient.). II. Título.

RESUMO

Introdução: A pesquisa apresenta uma análise da descriminalização do aborto, centrando-se nos princípios do direito à vida e a dignidade pessoa humana, em face da constituição de 1988. **Objetivo:** Definir, através da análise de dispositivos previstos no Código de Processo Penal, em especial o art. 385, qual o sistema efetivamente adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. **Metodologia:** A pesquisa possui natureza bibliográfica e se embasa na análise de fontes imediatas e mediatas do direito, tais como a Constituição Federal, a legislação ordinária – em especial o Código de Processo Penal –, princípios, jurisprudências e doutrinas. **Resultados:** O desenvolvimento da pesquisa possibilitou identificar a gestão da prova como critério diferenciador entre os sistemas processuais penais e, justamente em virtude disso, constatou-se que o Código de Processo Penal brasileiro possui natureza inquisitiva, dispondo de artigos que frontalmente violam o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, a exemplo do art. 385 do CPP. **Conclusão:** Conclui-se, com base nessas constatações, que, embora a Constituição Federal tenha nitidamente optado pela adoção do sistema acusatório, ainda se maculam de forte índole inquisitiva muitos dos dispositivos contidos no Código de Processo Penal, como é o caso de seu art. 385, cujo conteúdo permite inferir a sua não recepção pela Constituição Federal. Desse modo, não basta, porém, como pretende instituir o Projeto de Novo Código de Processo Penal, a mera execução de reformas normativas em torno da legislação ordinária, uma vez que a principal transformação tendente a efetivar, em definitivo, o sistema acusatório deve partir da própria prática judiciária brasileira.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais; sistema inquisitivo; sistema acusatório; Constituição Federal.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros

CIPD – Conferência Internacional de População e Desenvolvimento

CMM – Conferência Mundial sobre a Mulher

GEA – Grupo de Estudos contra o Aborto

PNA – Pesquisa Nacional do Aborto

PSOL– Partido Socialista Liberal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 REVISÃO DA LITERATURA	9
2.1 BREVE HISTÓRICO	9
2.2 CONCEITO DE ABORTO	11
2.3 AUTOABORTO	13
2.4 ABORTO PRATICADO POR TERCEIROS COM OU SEM CONSENTIMENTO DA GESTANTE	15
2.4.1 Aumento de pena e há não punição em caso de aborto sentimento ou necessário.....	18
2.5 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO DE PONDERAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PRINCÍPIOS	24
2.6 DOS PRINCÍPIOS	27
2.6.1 Princípio do direito à vida e a relatividade no crime de aborto.....	27
2.6.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da gestante	30
2.7 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	32
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	35
4 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

Dentro do cenário jurisdicional, o aborto se tornou um assunto de grande destaque na sociedade brasileira. A partir desse fato, o presente trabalho tem por finalidade a análise da descriminalização do aborto em face da aplicação dos princípios constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, por meio de uma ferramenta constitucional chamada ponderação.

Nesse prisma, a prática do aborto vem acompanhando a evolução e desenvolvimento da sociedade, mesmo que ainda todo o cenário esteja em elaboração hodiernamente. O assunto em questão, também sofreu suas mudanças, diante de discussões, ao longo do tempo no meio ético, técnico e jurídico.

Diante desse cenário, a legalização do aborto se tornou uma pauta bastante discutida, da possibilidade de sua discriminação, pois é fato de que muitas mulheres praticam esse ato de forma clandestina e precária, podendo levar até a sua própria morte durante tais procedimentos.

Com isso, essa monografia tem objetivo demonstrar e analisar diferentes situações que possibilite de fato uma maior compreensão sobre o tema, por meio da aplicação dos princípios constitucionais, em especial o princípio do direito à vida e da dignidade humana, tendo como instrumento norteador, a ponderação. Pois como se irá perceber, esses dois princípios entraram em grande conflito nos casos a serem analisados.

É possível perceber no meio jurídico, que esses conflitos entre os princípios constitucionais são bem comuns. E diante desse impasse, o julgador utiliza-se da ferramenta da ponderação, técnica constitucional que tem como colocar em na balança, quais dos bens jurídicos em questão possui maior relevância. Deste modo, é o que ocorre entre o direito à vida com a dignidade da pessoa, sendo passível de encontrar qual tem sua relevância em cada caso.

Nesse íterim, fazer uma análise da possibilidade da discriminação do crime de aborto, tem se intensificado devido ao fato do número crescente de mulheres que abortam ou passam pelo processo mal sucedido de aborto. Isso ocorre por grande parte de mulheres pobres, devido ao acesso de clínicas clandestinas que utilizam de métodos não seguros, tendo como esse motivo a entrada em hospitais devido as complicações e, posteriormente, ao Poder Judiciário.

Realizado por meio de método analítico e por técnica de pesquisa bibliográfica, será feita uma abordagem qualitativa. Utilizando, para coleta de dados leitura analítica e interpretativa dos materiais bibliográficos da biblioteca privada Centro Universitário Unilavras; jurisprudência; artigos; revistas científicas e tratados, todos elencados no tópico das referências, e, através da construção cronológica de ideias, objetivou-se demonstrar a relatividade quanto ao tema em questão.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Breve Histórico

A prática de aborto é algo trazido desde tempos mais remotos, por meio de culturas, povos, impérios e entre outros e cada virada de tempo possuía um significado diferente, além nem sempre ser considerado como crime.

Segundo Gilaberte (2013), constitui-se crime de aborto, historicamente, devido à influência filosófica, teleológica e moral, recebendo os variados tipos de tratamento.

De acordo com Goulart (2018), em seu artigo sobre a história do aborto, fala que há evidências de que o aborto teve seu início no período de 4.000 a.C a 3.500 a.C, ou seja, na Antiguidade. Os estudiosos relatam que os meios abortivos utilizados eram objetos cortantes, aplicação de pressão abdominal e dentre outros meios.

O autor ainda consta, que no Código de Hamurabi, contemplado pela civilização Babilônica, no século V a.C, o aborto já tinha tipificação penal, mas só se praticado por terceiros e, como resultado, a morte da gestante, tendo como sanção a morte do filho do agressor (GOULART, 2018). No mesmo seguimento, tem-se o Código de Hitita, século XIV a.C, onde também terceiros que praticassem esse crime, tinha como pena pecuniária, calculado a partir da idade que o feto foi abortado.

Já na Grécia, a prática de aborto era uma forma para diminuir o crescimento populacional, que tinha como fundamentos os pensamentos de Platão e Aristóteles.

De acordo com Luiz Regis Prado (2007, p. 107):

Em Roma, nos primeiros tempos, não era sancionada a morte dada ao feto. O produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida, era tido como parte do corpo da gestante que, a seu turno, poderia dele livremente dispor (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*). As práticas abortivas eram, portanto, frequentes. Com o reinado do imperador Septimius Severus (193-211 d. C.), o aborto passou a ser considerado como uma lesão ao direito de paternidade e sujeito às penas cominadas ao venefício. Sua incriminação foi justificada pela frustração das expectativas paternas quando à sua descendência. Se praticado pela própria mãe, o aborto era punido com o desterro; se perpetrado por terceiros, as sanções eram mais gravosas-abarcavam, em geral além do desterro, a *dammnatio in metallum*, para os *humiliores*, e a *relegatio* e a *confiscatio*, para os *honestiores*. A pena de morte era aplicada se presente o propósito de lucro.

Já Fernando Capez (2004), mostra que o Direito Romano Antigo pontua que a conduta do aborto não tinha existência autônoma como crime, pois a Lei das XII

Tábuas e as leis da República não falavam da matéria, ou seja, a mulher tinha direito sobre o seu próprio corpo.

No trecho do último livro publicado pela renomada historiadora Geleotti (2007), sobre a história do aborto, nota-se que é perceptível que na antiguidade o aborto estava ligado ao interesse masculino, ou seja, se o homem não expunha qualquer tipo de argumento contra a mulher poderia praticar o aborto.

Então com o surgimento do cristianismo, o aborto tomou forma de ato ilegal pela sociedade, passando a ser equiparado com homicídio, ou seja, a morte de um ser humano. Com isso, a Igreja Católica deu o seu parecer de que o feto tinha alma e que aqueles que praticavam aborto ou qualquer tipo de métodos contraceptivos, eram declarados como assassinos. Como mostra o autor Capez (2004, p. 107):

Sob o influxo do Cristianismo, robusteceu-se a reprovação endereçada ao aborto. O Direito pretérito foi reformulado pelos imperadores Adriano, Constantino e Teodósio e o aborto- entendido agora como a morte de um Ser humano- foi definitivamente equiparado ao delito de homicídio.

Assim, o aborto passou a ser um ato totalmente criminoso e reprovado no meio social, devido à grande influência da Igreja Católica, tendo como os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio taxaram o aborto uma prática criminoso que atentava a vida, ou seja, considerado um homicídio.

Com a entrada da Idade Média, houve certa divergência em relação ao crime acerca das práticas abortivas diante das ideias de alguns teólogos. Nesse seguimento, Prado (2007) fala que uma dessas ideias nesse período era de Santo Agostinho, com base na doutrina aristotélica, onde o aborto era delito se fosse feto animado (recebesse a alma), o que ocorre em quarenta ou oitenta dias após a concepção. Já os pensamentos de São Basílio afirmava que o aborto provocado seria um crime, não havia distinção entre o feto animado e inanimado.

Foi assim que no século XIX e XX, que alguns segmentos da sociedade lutaram e tiveram sucesso para a aprovação de leis que se considera a prática de aborto como um crime.

No cenário brasileiro, o Código Criminal de 1830, sancionado por Dom Pedro I, somente coloca em crime o aborto se terceiros praticassem com ou sem consentimento da gestante nos artigos 199 e 200 (BRASIL, 1830). Assim, Gilaberte (2013) concluiu que no Código de 1830 não punia o auto aborto, mas no Código

1890 começou a ser considerado. Como é possível observar de acordo com o doutrinador Luiz Regis Prado (2007, p. 108):

No Brasil, o Código Criminal do Império (1830) não tipificava o aborto praticado pela própria gestante. Apenas quando executado por terceiros, com ou sem o consentimento daquele, era aborto sancionado. O fornecimento de meios abortivos era também incriminado, mesmo quando não realizado o aborto.

De certo, se tratando de aborto, Capez (2004) fala que a Igreja Católica teve uma grande influência na criminalização do aborto como mostra o doutrinador Prado (2007), aonde os Papas ao longo dos anos chegaram à conclusão de que as penas, temporais e espirituais, deveriam ser combinadas juntas com ao homicídio para serem aplicadas em relação ao aborto.

Com a entrada do período do Iluminismo houve uma grande mudança em relação à equiparação entre o delito de aborto e homicídio. A partir dessa época o doutrinador Prado (2007) relata que houve uma redução das penas cominadas ao aborto, principalmente acerca da gestante, quando havia motivo de honra. Com isso, houve uma repercussão na elaboração das legislações atuais, diante da maior benignidade defendida pelos teóricos da Ilustração.

Nesse prisma, dando em foco no Brasil, o Código Criminal do Império de 1890, de acordo com Capez (2006), não havia previsão legal para o crime de aborto provocado pela gestante. Já no Código Penal de 1890, passou a considerar crime aborto feito pela própria gestante e Prado (2007) fala que fazia distinção entre o aborto com e sem expulsão do feto, combinado com uma pena mais gravosa. Ademais, as penas eram aumentadas se houvesse como consequência a morte da mulher. Por fim, o auto aborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se praticado com o fim de ocultar desonrar própria.

Por último, o Código Penal de 1940, onde foram tipificados os tipos de aborto, nos artigos 124 ao 126, como será mostrado (BRASIL, 1940). Segundo Bitencourt (2015), o crime de aborto consiste em três figuras, a primeira é a provocada (artigo 124), segunda é o sofrido (artigo 125) e o último o consentido (artigo 126), no qual se perpetua até os dias atuais.

2.2 Conceito de aborto

A princípio, a palavra aborto tem seu nascimento no latim, *ab-ortus*, sendo traduzida como privatização do nascimento a interrupção voluntária, resultando na retirada do feto dentro do corpo. Neste sentido, Pierangeli (2007, p. 62) em sua obra, vem trazendo a seguinte afirmação sobre o aborto:

[...] privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo, ou num conceito mais bem estruturado, aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É, portanto, a morte do ovo (fruto da concepção até três semanas de gestação), do *embrião* (de três semanas a três meses) ou do *feto* (após os três meses), com ou sem sua expulsão. Esta classificação vem destacada nos compêndios de Medicina Legal, mas entre os juristas a palavra *feto* é usada indistintamente para todas as fases da gestação.

Já Capez (2007, p. 108), em seu livro, conceitua acerca do assunto:

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. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto(a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.

Nesse prisma, outra face para a construção do conceito do aborto, é o simples fato da “interrupção da gravidez, com a consequência destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina.” (CAPEZ, 2006, p. 109).

Já Venosa (2017) entende que é a morte dolosa do ovo, entende-se por ovo, em Medicina Legal, o produto normal da concepção até o momento do parto. O objeto do crime de aborto não é a mulher, mas a vida que se encontra no alveo materno, ainda que se resguardem também a vida e a saúde da gestante, punindo-se os atentados à sua integridade. De acordo com o autor é a interrupção da gravidez antes de concluído seu período normal, com a morte do produto da concepção, bem como, esteja esta em que estado tiver, com o resultado morte da vida de um prematuro, com ou sem consentimento da gestante ou por vários outros motivos.

De forma mais específica, sabe-se que o aborto é a interrupção tendo como finalidade a morte, sendo eles podendo ocorrer em três tipos de estágio, do ovo que é até três semanas de gestação, o embrião é de três semanas a três meses e o feto que vai aos três meses adiante (MIRABETE, 2006).

Prado (2007) expõe que o não é a somente a interrupção da gestante, por si só não implica aborto nem a expulsão do feto não é imperiosa para configuração. O aborto consiste, portanto, na morte dada ao nascituro *intra uterum* ou pela expulsão provocada, com a gravidez em curso, por óbvio. Ademais, é indispensável que o ser em gestação se encontra vivo durante a intervenção abortiva e que sua morte foi recorrente da mesma. Deste modo, a morte do ser em gestação deve ser devido a esses mecanismos de aborto.

O aborto pode ocorrer de duas formas: natural ou espontâneo e provocado, que é de forma dolosa ou. Nesse prisma, Greco (2009) fala que o aborto natural ou espontâneo ocorre quando devido alguns problemas no corpo da mulher ou anomalias no embrião, gera a expulsão do produto da concepção. Já o aborto provocado, de forma dolosa que são as que estão previstas na tipificação penal que é o auto aborto, aborto provado por terceiros sem o consentimento da gestante ou com o consentimento.

Por outro lado, o doutrinador Mirabete (2006) mostra que o aborto poderá ser espontâneo ou natural e acidental ou provocado. O natural ou espontâneo está relacionado com os problemas de saúde da gestante que provoca a expulsão ou morte do produto. Já o acidental, está relacionado com os acontecimentos inesperados como uma queda, atropelamento e entre outros. Por último, o provocado é tipificado na lei penal vigente. Todavia, há de se falar que o as causas da prática de aborto provocado, está ligado a natureza econômica da mulher (falta de condições para que possa sustentar seu filho, trabalho e entre outros), moral (gravidez fora do casamento, status e etc.) ou individual (egoísmo, vaidade).

Por fim, Prado (2007, p. 113) mostra um limite necessário para a existência do crime de aborto:

Descarte, o aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a nidação, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção. O termo final é o início do parto, que, conforme examinado, é marcado pelas contrações da dilatação (parto normal) ou com início dos procedimentos cirúrgicos (cesariana).

2.3 Autoaborto

A princípio a de se falar que o aborto pode ser realizado por meio de diversos processo, conforme explana Mirabete (1999, p. 95):

Os processos utilizados podem ser químicos, orgânicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o conseqüente aborto: o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênico (químicos), e a quinina, estriçnina, o ópio, a beladona etc. (organismos). Os meios físicos são os mecanismos (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés etc.) ou elétricos (choque elétrico por máquina estática). Os meios psíquicos ou morais são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral etc.).

O artigo 124 do Código Penal prevê o crime de autoaborto, realizado pela própria gestante em si mesmo, como mostra na primeira parte do artigo citado, tendo como resultado uma pena que varia entre de 01 (um) a 03 (anos) anos de detenção (BRASIL, 1940). Como aduz o doutrinador Mirabete (2007) trata-se de um crime especial, onde só a mulher, gestante, pode praticar.

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos (BRASIL, 1940).

Ademais, Capez (2006), fala que o delito acontece quando a grávida utiliza meios que possibilite a si próprio de praticar o aborto. Por isso, que é um crime praticado unicamente da vontade da mulher. Contudo, admite a participação de terceiros, onde os meios são fornecidos por uma pessoa, como por exemplo, medicamentos abortivos. Nessa hipótese, responderá pelo delito do art. 124 do Código Penal a título de partícipe. Por fim, é importante frisar que, por se tratar de crime feito pelas próprias mãos, não há possibilidade que ocorra o concurso de pessoas na modalidade coautora.

Portanto, sendo um delito especial próprio, onde o sujeito ativo é somente a gestante, sendo óvulo fecundado, embrião ou feto, ou seja, o produto da concepção, protegido em suas várias etapas de desenvolvimentos, a coautoria não é, portanto, admissível no autoaborto, como mostra os autores Greco (2009) e Prado (2007).

Em relação, as lesões leves ou graves que venha ocorrer na gestante durante o processo, Pierangeli (2007) fala que não será atribuída, pelo simples fato de que não tem punição as autolesões, assim não existido pelo mesmo argumento a tentativa de autoaborto.

É possível perceber que quando esse tipo de crime vem à tona na sociedade e conseqüentemente no Poder Judiciário, quando a mulher procura um pronto atendimento médico devido às complicações ou a descoberta do feto abandonado.

Sendo um crime doloso contra a vida, portanto, é levado ao Tribunal do Júri, como mostra o artigo a legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher, tendo como autora Lorena Ribeiro Moraes (2008).

Já na segunda parte do artigo 124 do Código Penal, traz o aborto consentido, onde a gestante é criminalizada por consentir que outro lhe provoque o crime de aborto, ou seja, a gestante não comete o autoaborto, mas consente para que o agente realize (BRASIL, 1940). Por consequência, o que provocou o aborto responderá pelo crime previsto no artigo 126 do Código Penal, que resulta em penas mais graves (MIRABETE, 2007).

Capez (2006), fala que poderá haver o concurso de pessoas na modalidade de participação, por exemplo, caso uma pessoa tem a intenção de induz a gestante a consentir que o terceiro provoque o aborto. Além disso, jamais poderá haver a coautoria, uma vez que, por se tratar de um crime de mão própria, só cabendo então à mulher grávida.

Contudo, o doutrinador Prado (2007) fala que é de extrema necessidade que se faça a distinção se o partícipe induz, instiga ou auxilia a própria gestante a realizar o aborto em si mesmo ou a consentir que outrem o faça, responderá pela participação do delito do artigo 124. Agora, se de qualquer modo, concorrer no fato um terceiro provocador, responderá como partícipe do crime do artigo 126 do Código Penal (BRASIL, 1940).

2.4 Aborto praticado por terceiros com ou sem consentimento da gestante

O aborto praticado por terceiros com o devido consentimento da gestante, tem sua conduta tipificada no artigo 126 do Código Penal, tendo a sanção de 1 a 4 a anos de reclusão: “Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos” (BRASIL, 1940).

Assim fala Pierangeli (2017), que na prática a gestante que consente que terceiros provoque um aborto em si. O autor relata dois tipos de fase, a primeira é onde a gestante expressa sua clara autorização para o aborto e a segunda seria o terceiro acatar pedido e executá-lo. Ainda esse consentimento, para ser considerado válido no processo, há a necessidade de que ele seja expresso de modo espontâneo e voluntário, sob pena de ser considerado como se nunca existiu.

Deste modo, na primeira fase a gestante será indiciada pelo crime de autoaborto, pois esta queria que a retirada do ser em desenvolvimento, com pena de 1 a 3 anos. Enquanto na segunda fase, o terceiro realizou ou provocou o aborto pelo consentimento da mulher, enquadrará no artigo 126 do Código Penal, com penas entre 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão (BRASIL, 1940).

O doutrinador Capez (2006) fala que com o presente consentimento da gestante não resulta em fato atípico, enquadrando no presente artigo. Ainda é necessário ressaltar que é possível que haja o concurso de pessoas neste caso, pela hipótese onde há auxílio a conduta do terceiro para fazer o aborto, como por exemplo: uma enfermeira que trabalha em uma clínica médica e auxilia o médico a praticar o aborto.

De acordo com o autor Prado (2007) o aborto provocado por terceiros com o consentimento da gestante tem suas penas menos severas em relação ao aborto sem consentimento. Vale destacar o doutrinador enfatiza que se o terceiro para for enquadrado no crime tem que ter o devido consentimento da gestante, tácito ou expresso.

Deste modo, como podemos observar consentimento poderá ser expresso ou tácito, e deverá perpetuado no início da conduta até a consumação de fato do crime, para que assim aquele agente que esteja provocando o aborto na gestante seja enquadrado no artigo 126 do Código Penal. Caso ela no percurso do fato, venha não consentir mais o agente passará a responder pelo crime previsto no artigo 125 do Código Penal (MIRABETE, 2007).

Ademais, o erro do agente, supondo justificadamente que há consentimento da gestante, quando isso não ocorre, é erro de tipo devendo ele responsabilizado pelo artigo 126 e não pelo artigo 125 do Código Penal (MIRABETE, 2007).

De igual modo, o doutrinado Prado (2007) concorda que o erro do agente, que, justificadamente, tem a pressuposição do consentimento da gestante, quando na verdade não há, resulta em erro de tipo. Conclui-se que o terceiro não respondera pelo delito do artigo 125, mas sim pelo delito do artigo 126 do Código Penal.

Por fim, é de suma importância que tenha o consentimento da gestante na realização do aborto por meio de terceiros, pois só assim o agente estará sujeito ao artigo 126. Todavia, sem o consentimento da gestante, o agente será encaixado no artigo 125 do Código Penal, tendo a pena de 3 a 10 anos. (PRADO, 2007).

Ademais, dispõe o art. 125 do Código Penal: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos”. (BRASIL, 1940).

Tratando de aborto provocado sem o consentimento da gestante, o agente emprega a força física, a ameaça ou a fraude para a realização das manobras abortivas. Tendo como exemplo características de fraude, quando o agente ministra a mulher grávida substâncias abortivas ou nela realizada intervenção cirúrgica para a extração do feto sem o seu conhecimento (PRADO, 2007).

Sendo necessário destacar que é crime reputa-se praticado sem consentimento, quer quando a gestante tenha se mostrado, por meio de palavras ou atos, contrária ao aborto, assim como não havia de seu conhecimento de sua própria gravidez ou o processo abortivo em curso (PRADO, 2007).

Capez (2007) ressalta que não será também considerado válido o consentimento, se a gestante tiver idade menor de 14 anos, alienada ou débil mental, pois chega à conclusão de que a gestante não tem capacidade para fazer suas escolhas ou se esse consentimento por feito será a partir de uma fraude, grave ameaça e até mesmo violência. Assim, passará a ser aplicado ao terceiro o disposto no art. 126 do Código Penal, sendo que é um dos meios mais graves tipificados nesse dispositivo legal.

Nessa mesma linha, o autor Mirabete (2007), cita essas três hipóteses em relação a presunção do consentimento da gestante, quando esta não é maior de quatorze anos, alienada ou débil mental, ou seja, ter um desenvolvimento mental incompleto, doença mental e desenvolvimento mental retardado, não podendo consentir validamente, por isso de acordo com o parágrafo do artigo 126 do Código Penal, aplica-se a pena do artigo 125, que é o crime de aborto sem consentimento com pena entre três a dez anos

Um exemplo desse crime seria um médico, por meio de fraude, alegando a aplicação de seus procedimentos de algo rotineiro, mas na verdade está aplicando procedimentos abortivos na paciente, ou podendo até utilizar a grave ameaça sob a gestante, impossibilitando evitar ou resistir. Outro exemplo seria se um pai utilizando grave ameaça para filha aborta se não será expulsa da residência aonde mora, ou até mesmo um homicídio de uma gestante em que o autor do crime tem o nítido consentimento de que a mulher se encontra gravidez (CAPEZ, 2007).

Sob a ótica Bitencourt (2015), para que tenha o crime de aborto sem consentimento da gestante não é imprescindível que tenha ocorrido grave ameaça,

violência ou fraude, o simples fato da grávida não saber que seja ocorrendo o procedimento de abortamento, já é considerando suficiente para enquadrar no artigo 125 do Código Penal.

Por último, é importantíssimo ressaltar que poderá ser revogando o sentimento da gestante, ou seja, se houver desistência na prática do aborto, ainda que se tenha iniciado o processo de retirada do feto, o cenário será classificado como aborto não consentido, o terceiro responderá pelo crime previsto no artigo 127 do Código Penal (CAPEZ, 2006).

Em relação ação a penal e suspensão condicional do processo, tanto no delito de aborto provado por terceiro, com o consentimento da gestante, tanto o crime de autoaborto, ou mesmo na hipótese de a gestante consentir que nela seja realizado o aborto, o doutrinador Grego (2009, p. 251), mostra que:

Em virtude da pena mínima comina a essas duas infrações penais, tipificadas nos artigos 124 e 126 do diploma repressivo, será permitida a proposta de suspensão condicional do processo, presentes seus requisitos legais. Entretanto, no delito de aborto provocado pô terceiros, como o consentimento da gestante, tal proposta restará inviabilidade se houver a produção de lesões corporais de natureza grave ou a morte da gestante, pois que serão aplicadas as majorastes previstas no artigo 127 do Código Penal, ultrapassando, assim o limite de 1 (um) ano previsto para a pena mínima cominada à infração penal, determinado pelo art. 89 da Lei 9.099/95. A ação penal, em todas as modalidades de aborto, é de iniciativa pública incondicionada.

2.4.1 Aumento de pena e há não punição em caso de aborto sentimento ou necessário

O artigo 127 do Código Penal brasileiro traz duas hipóteses de aumento de pena para o crime de aborto. A primeira hipótese ocorre quando a grávida sofre ferimento ou traumas graves devido à prática do aborto. A segunda hipótese se lhe sobrevenha a morte. Nesse sentido, demonstra o artigo supramencionado:

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (BRASIL, 1940).

Como é possível observar o artigo acima, a causa de aumento de pena para o crime de aborto só incide exclusivamente a terceiro, ou seja, é o agente que provoca o aborto mencionado nos artigos 125 e 126, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940).

Ademais, é necessário ressaltar que as majorantes não aplicam a gestante que pratica o autoaborto, pois de acordo Junqueira e Fuller (2010) a autolesão não é punitiva, dada a autonomia do indivíduo.

Conforme aponta Nucci (2013, p. 676):

Trata-se de hipóteses em que o resultado mais grave qualifica o originalmente desejado. O agente quer matar o feto ou embrião, embora termine causando lesões graves ou mesmo a morte da gestante. Entendem a doutrina e a jurisprudência majoritárias que as lesões e a morte só podem decorrer de culpa do agente, constituindo, pois, a forma preterdolosa do crime (dolo na conduta antecedente culpa na subsequente). Entretanto, a despeito disso, em nosso entendimento, não há restrição legal expressa para que o resultado mais grave não possa ser envolvido pelo dolo eventual do agente. Mas, se isso ocorrer, conforme posição predominante, costuma-se dividir a infração em duas distinções (aborto + lesões corporais graves ou aborto + homicídio doloso, conforme o caso).

Há de se destacar o aumento de pena previsto no artigo 127 do Código Penal, tendo em vista que estabelece que o crime previsto nesse dispositivo é tão somente preterdoloso, como mostra Capaz (2006) em sua doutrina, pois existe um crime doloso, aborto, entrelaçado há algo inesperado, que no caso são as lesões corporais graves ou até a morte advento do processo, mesmo que seja eventual, devido à culpa gerada ao agente por sequelas que podem ocorrer durante o processo do aborto.

Reitera-se que caso o dolo cometido pelo agente vier junto com a lesão grave ou morte da gestante, Bitencourt (2011) fala que o artigo 127 do Código Penal não será aplicado, que no caso é dolo, devido ao aborto junto com a culpa. Com isso, o agente, devido aos dois crimes, responderá em concurso formal, ou seja, aborto e homicídio doloso ou aborto e lesão corporal grave.

Nesse sentido, Greco (2009), mostra alguns exemplos que podem ocorrer. Se uma gestante vier, no autoaborto, sofrer lesões corporais de modo grave e caso venha provocar sua morte, o agente que induziu não responderá pela participação com sua especialmente agravada, pois como é possível verificar que claramente que o aumento de pena só ocorra caso incida seja aborto provocado por terceiros com ou sem consentimento, de acordo com a lei. Se porventura, a participação do agente vier devido aos artigos 125 e 126 do Código Penal, tendo como resultado lesões corporais de fato graves ou se a gestante vier a falecer, será, portanto, causa de aumento de pena como está previsto no artigo 127 do Código Penal.

Caso ocorra a morte da gestante e o feto venha a sobreviver devido a circunstâncias alheias ou, até mesmo, porque aquele que fez o aborto queira o feto

vivo, Capez (2006) mostra que o sujeito responderá por aborto qualificado consumido, pois não é necessário que o processo de aborto seja completo, como o ocorre no crime de latrocínio que requer a morte da vítima, independentemente se o roubo vier a ser consumado. Ainda é necessário falar que não cabe tentativa, pelo fato que o crime de aborto é preterdoloso, pois o desfecho agravador não é almejado.

Todavia, é necessário ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro se admite a prática de aborto legal, sendo assim, caso ocorra a prática de aborto legal, o agente responsável pelo procedimento não estará condicionado a pena deste crime. As hipóteses para que seja autorizado o aborto, estão previstas no art. 128, I e II do Código Penal, veja-se:

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. (BRASIL, 1988).

De um modo geral, Capez (2006) explana que é no primeiro contato que se pode concluir acerca do dispositivo legal que se trata de causas de excludente de licitude, pois a conduta citada nas duas hipóteses do artigo acima é lícita. Como lembrado pelo autor, caso fosse uma das hipóteses onde havia excludente da pena, a enfermeira que faz o auxílio junto com o médico na prática de aborto legal seria punida, pois só ocorre essa hipótese no caso do artigo 128 do Código Penal. Entretanto, só seria causa especial e exclusão de pena se o referido artigo mencionasse que o médico não seria punido. Assim, conclui-se que a natureza jurídica das causas mencionadas pelo artigo 128 é excludente de ilicitude pelo fato de estar escrito não se pune o aborto.

Mirabete (2007) faz uma ressalva que embora a redação do artigo 128 do Código Penal recorde que seja causa de ausência de culpabilidade ou punibilidade, o autor enfatiza que são hipóteses de causas de excludentes da criminalidade.

Conforme aborta Nucci (2013), acerca dessas duas hipóteses de excludente de ilicitude, qual se aplica diante do crime de aborto, é possível perceber que elas foram baseadas de um modo geral, as hipóteses que estão previstas no artigo 23 do Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
(BRASIL, 1940).

Assim, o presente autor demonstra a semelhança, em sua essência, com o artigo 23 diante de duas hipóteses nele citadas. Como é mostrada no artigo 128, inciso I do Código Penal, a realização do aborto poderá ocorrer caso a vida da gestante esteja em risco, essa hipótese se compara muito com o modo especial de estado de necessidade, que é o inciso I do artigo 23.

Já a segunda hipótese do artigo 128, II do Código Penal, possibilita o aborto caso a gravidez venha a ocorrer por meio do crime de estupro, com o seu devido consentimento legal, caso a vítima seja maior de 18 anos. No entanto, se a vítima for incapaz, o direito de escolha para fazer o processo de aborto será do representante legal, fazendo semelhança com a modalidade especial de exercício regular do direito, que é o inciso III do artigo 23 (BRASIL, 1940).

Prado (2007) explica que ainda que a tipificação do aborto voluntário seja voltada para o sistema das indicações, no Código Penal, o sistema adotado mostra tutela que a vida do nascituro é um bem jurídico que merece a devida proteção penal, por isso o autoaborto, o aborto consentido e o provocado por terceiro com o consentimento da gestante, são tipificados penalmente. Todavia, há exceção à regra para o crime de aborto, como foi mostrado, pois a regra é a punição do aborto e a exceção são aqueles casos expressamente previstos no artigo 128, pois quando entra em conflito a vida da gestante e do seu descendente que está carregando, sobressai a vida da mãe.

Prosseguindo em suas lições, Prado (2007) alude ainda que esse sistema adotado pelo Código Penal, mostra que a vida daquele ser humano em formação na gestante, não tem a sua proteção violada em suas fases de desenvolvimento, por isso, tem a possibilidade de colocar em primeiro lugar os interesses ou necessidades como, por exemplo, a vida, saúde, liberdade e intimidade da grávida, uma vez que, é uma solução de compromisso para aquelas hipóteses que estão expressas na lei, por meio dos requisitos legais que garantem uma maior segurança jurídica, pois pode-se identificar quem realmente está permitido realizar o processo de aborto. Com isso, não surgindo dúvidas no interesse que se deve ponderar em uma situação concreta.

A primeira hipótese de excludente de ilicitude do artigo 128, I, do Código Penal, Mirabete (2007) chama-se de aborto necessário ou terapêutico, os casos de estado

de necessidade, segundo o qual, para que não houvesse qualquer tipo de confusão, o legislador colocou expressamente a possibilidade de o médico fazer o processo de aborto caso seja constatado que este seja a última alternativa para salvar a vida da gestante.

Além do mais, Mirabete (2007) ainda enfatiza que não é necessário que seja perigo atual, pois basta haver uma constatação médica de que o desenvolvimento da gravidez pode acarretar a morte da gestante. Esse risco ao longo da gestação, pode decorrer de anemias muito graves, diabetes, cardiopatias, tuberculose pulmonar, câncer uterino, má conformação da mulher e entre outros.

Todavia, há contrapontos doutrinários em relação à primeira hipótese levantada pelo artigo 128, que trata do perigo de vida da gestante. Seguindo a linha defendida pelo doutrinador Capez (2006), que esse estado de necessidade devido ao risco gerado pela gravidez, não necessariamente precisa ser um risco atual que apresente a gestante. Noutra senda, Pierangeli (2007) fala em um perigo futuro e não atual, tendo sua justificativa de que caso fosse atual haveria o estado de necessidade como mostra nos artigos 23 e 24 do Código Penal. Em convergência com as opiniões expostas, Bitencourt (2011) tem que preencher requisitos para que seja feito o processo de aborto, tem que haver risco de vida da gestante, sendo o único meio de salva sua vida é fazer o aborto, pois tem que haver perigo iminente à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que seja realmente grave.

Posto isso, Prado (2007) leciona que para que seja feito o aborto necessário é dispensado o consentimento da gestante, pois o consentimento não se encaixa como estado de necessidade, ainda que seja útil escutar, quando for possível, a opinião de outros médicos. Portanto, pode ocorrer o processo de aborto ainda que a gestante ou seu representante legal seja contra a tal ato.

Incumbe ressaltar que cabe unicamente ao médico decidir sobre a necessidade do aborto, sendo necessário que este procedimento seja a última alternativa para que se consiga salvar a vida da gestante, tendo em vista que se está buscando preservar o bem jurídico de maior relevância, qual seja, a vida desta mulher, em prejuízo do bem menor, no qual é a vida intrauterina.

Nesse sentido, Nucci (2013) aduz que na hipótese de estado de necessidade no aborto necessário ou terapêutico, havendo conflito de bens jurídicos envolvendo a mãe e o feto, deverá prevalecer a vida da mãe, tendo em vista que se trata de um bem jurídico de maior relevância.

O autor Prado (2007) ainda ressalta que não há necessidade que o médico seja um especialista na área de ginecologista-obstetrícia, pois poderá ser algum médico que tenha sua especialidade relativa à classe de perigo para vida ou saúde da mulher, como por exemplo: cardiologista, oncologista, endocrinologista e entre outros.

Caso o aborto seja praticado por uma pessoa não habilitada legalmente, que no caso é o médico, Capez (2006) expõe que tanto a enfermeira quanto a parteira não responderá pelo crime de aborto devido ao artigo 23 do Código Penal tratar sobre o estado de necessidade de terceiros. Todavia, caso na situação o prosseguimento da gravidez não resulte em perigo atual e inamovível, a conduta será criminosa, como mostra a tipificação do artigo 128, inciso I, do Código Penal.

Já a segunda hipótese de aborto legal é previsto pelo artigo 128, inciso I, do Código Penal, de acordo com as lições de Capez (2006) trata-se de um aborto sentimental ou ético, sendo realizado por meio de um médico, nos casos em que o resultado da gravidez sucedeu de um crime de estupro. Pois, o Estado não poderá submeter de forma obrigatória que a mulher gere um filho decorrente de um ato violento psicológico. Há de falar ainda que o referido artigo não faz distinção entre estupro com violência legal ou presumida, conforme demonstra o art. 22 do Código Penal.

Logo, Prado (2007) reforça a exigência de que seja feita de forma lícita a intervenção cirúrgica, ou seja, deverá haver o consentimento da gestante ou do seu representante legal, para que assim o médico tenha o direito de agir. Além do mais, todo tratamento médico implica na ingerência de bens jurídicos do paciente, intervenção essa que só deve ser feita após o aval daquele que foi lesionado, como no caso da gestante ou seu representante legal.

Faz-se importante, registrar as palavras de Nucci (2013, p. 677-678):

Em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele que já existe (art.128, II, CP). Quando a gravidez fosse decorrência do atentado violento ao pudor, autoriza-se igualmente o aborto, afinal, aplicava-se a excluyente por analogia *in bonam partem*. O fundamento era que tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor consistiam em formas idênticas de violência sexual, não havendo sentido permitir a interrupção da gravidez num caso, vetando-a em outro. A questão está, hoje, superada pelo advento da Lei 12.015/2009, que transformou o estupro e o atentado violento ao pudor em crime único, previsto no art. 212, sob o título de estupro.

Em relação ao médico que pratica o aborto sentimental, o autor Mirabete (2007) explica que não há necessidade, evidentemente, que haja uma sentença condenatória contra o agente que praticou o estupro e nem mesmo que seja feita uma autorização judicial para a realização do aborto, uma vez que o médico deve se submeter ao Código de Ética Médica, através de provas como boletim de ocorrência, declarações, atestados e entre outros que comprovem a ocorrência do estupro.

Greco (2009) conclui-se que há necessidade de trazer ao conhecimento oficial do Estado quando ocorre o crime de estupro, pois somente sua palavra, sem nenhuma constatação documental, a vítima não poderá ter o direito de fazer o aborto, caso o resultado do fato tenha gerado uma gestação.

Em se tratando de violência ficta, o artigo 224 do Código Penal contrapõe a necessidade de que seja provada a menoridade da vítima, da alienante ou da debilidade mental (PRADO, 2007). De igual modo, Pierangeli (2007) decorre que essa gravidez resultada de estupro de vulnerável tem que ser devidamente comprovada a menor idade da gestante, para que, assim, sejam tomadas as devidas medidas.

Caso o médico induza ao erro e não havia estupro, Capez (2006) considera nesse caso haverá erro de tipo, excluindo, assim, o dolo e posteriormente resultando a uma tipificação da conduta.

No que diz respeito ao sujeito ativo, Jesus (2000) e Capez (2006) compartilham o mesmo posicionamento de que caso a enfermeira seja autora, responderá pelo delito, pois de acordo com o artigo expresso, o sujeito ativo deverá ser o médico. Em contrapartida, Bitencourt (2011) adota parte desse entendimento, para ele, apesar da conduta da enfermeira, nesse caso, ser tipificada e antijurídica, ou seja, não ser incluída na causa de excludente de ilicitude, pode ser considerada causa de excludente de culpabilidade devido a inexigibilidade de conduta diversa.

Caso a enfermeira seja comente uma participante, ou seja, auxilia o médico na realização do aborto sentimental, Capaz (2006) conclui que sua conduta não será considerada fato típico e ilícito.

2.5 Os princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana e a utilização do instrumento de ponderação para resolução de conflitos princípios

Hodiernamente, há de se falar que os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro ocupam um lugar de grande destaque, como enfatiza

Holthe (2009), por estarem no topo de nosso sistema normativo jurídico, visto que influenciarão na formação, interpretação e na integração acerca das demais normas, resultando em uma coerência e unidade de sentido a todo o ordenamento jurídico.

De encontro com esse pensamento, tem-se a visão de Espíndola (2002), onde demonstra o pensamento jurídico contemporâneo entre os juristas e intérpretes da lei, reconhecendo há uma unanimidade que os princípios jurídicos possuem posição conceitual e positivada de norma de direito e jurídica. Portanto, os princípios têm positividade, vinculativa e, são normas que obrigam e tem eficácia tanto positiva quanto negativa em relação aos comportamentos públicos e privados, assim como, a utilização para interpretação e aplicação de outras normas dentro do ordenamento jurídico, tais como regras e outros princípios que advêm de princípios gerais e abrangentes. O autor ainda ressalta que esse caráter normativo não está ligado somente àqueles princípios positivados no direito, mas também aos princípios gerais de direito. Há de reconhecer ainda a normatividade não só daqueles princípios que se encontra de forma expressa e explicitamente, mas aqueles fluem no sistema, ou seja, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Feitas tais considerações, é digna de transcrição a síntese desenvolvida por Bomfim (2008, p. 70), o qual busca posicionar acerca dos princípios constitucionais diante de seus valores na Carta Magna:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus afins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Em síntese, Bulos (2009) afirma que tais princípios possuem força expansiva, estando contigo de forma íntegra os direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo político e entre outros. Sarlet (2007) complementa que são diretrizes que configuram o Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser, pois constituem os pilares, a base para que o edifício constitucional tenha forma, perante a sociedade e neles pairam a necessária segurança jurídica. Tendo como objetivo buscar garantir a unidade da Constituição Federal brasileira, nortear a ação do intérprete, banalizando a tomada de decisões, tanto nas relações privadas como nas relações públicas: órgãos legislativo,

executivo e judiciário; e por fim não menos importante preservar o Estado Democrático de Direito.

Bastos (2010) define que princípios constitucionais são como uma caixa que contém os valores fundamentais da ordem jurídica. Só é possível que estejam guardados, pois estes não objetivam regulamentar situações específicas, mas sim, todo o mundo jurídico. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa, ele ganha com força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. O reflexo que sem eles, a Constituição se parece mais com um aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de ocuparem o mesmo ordenamento jurídico.

Assim, esses pilares constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que são hodiernamente de caráter de grande importância no mundo jurídico. De tal modo que é perceptível em decisões judiciais, a presença do princípio da dignidade humana, mesmo que de forma implícita.

Nos casos tratados, em decisões, de crime de aborto é fundamentando sem no direito a vida do feto, pois de acordo com Bitencourt (2018) explica que o bem jurídico protegido é a vida do ser humano, sendo dotado de vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Pois, é inquestionável sua importância, como seu status no rol de garantias descritas no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o direito a vida, segundo Moraes (2006), é uma garantia fundamental assegurada pela Carta Política sendo cláusula pétrea. Onde garante a inviabilidade do direito à vida, sendo um pré-requisito à existência e exercícios de todos os demais direitos.

Já a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral de cada pessoa, que se demonstra singularmente na autodeterminação consciente da própria pessoa, ou seja, liberdade de escolha e modo de agir conforme os preceitos da Carta Magna e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Caracteriza-se no firmamento da dignidade da natureza humana (MORAIS, 2006).

Assim, quando se fala em descriminalização do crime de aborto, se pontua a colisão de princípios fundamentais, de um lado está o direito à vida do feto e do outro, está o direito de escolha da gestante em fazer o aborto. De acordo com Barroso (2009) a ponderação é um método em que se coloca da balança para estabelecer o relativo acerca dos princípios que estão colidindo.

No mesmo sentido Bomfim (2008) destaca que a ponderação é um critério onde se busca demonstrar em um caso quais princípios estão colidindo e quais se sobressaem em relação ao outro. Barroso (2009) complementa que antes que seja feita a ponderação entre princípios, deve buscar o equilíbrio ou juntas os direitos em questão, para que evite o sacrificio completo de um deles em relação ao outro.

2.6 Dos Princípios

2.6.1 Princípio do direito à vida e a relatividade no crime de aborto

Tendo como base, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à vida é garantido tanto aos brasileiros quantos aos estrangeiros, que residem no país, como também o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade:

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 à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Desse modo, Morais (2006) afirma que a Constituição Federal resguarda o direito à vida, tendo como função do Estado assegurar em sua dupla acepção, sendo, de imediato, o direito de ser manter vivo e, como consequência, o direito de ter uma vida digna.

Entretanto, Dantas (2013) mostra que a Carta Magna não estipula ou ao menos explica quando a vida termina, resultando no cessamento para o ser humano, a titularidade de direitos e deveres. Assim, a legislação infraconstitucional, junto com a medicina moderna, mostra denominada morte encefálica que é a morte, de forma inequívoca de ser humano, que permite até mesmo que seja realizada a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo para que seja feita doação.

Nesses casos então, Gomes e Colli (2016) falam da impossibilidade de se haver uma vida biológica, só vida nesses casos porque o metabolismo da gestante faz com que o feto se mantenha vivo, se for rompido esse vínculo com a gestante não sobreviveria, ou, pode em alguns casos somente sobreviver em alguns minutos e depois resultaria na morte.

Em relação ao conceito de vida, é preciso observar no parecer da Ministra Rosa Weber, em um acordo do julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, no qual a matéria se tratava sobre a discriminação do aborto de fetos anencéfalo (BRASIL, 2013). Assim, a vida não se limita somente pelos preceitos normativos e penais, versa também de como é necessário ter sinal de atividade cerebral, ou seja, ter a viabilidade da interação de propriedades interiormente humanas na esfera do Direito Constitucional, aspectos esses que não são apenas genéticos, mas também a habilidade de se desenvolver de modo físico e psíquico e está no universo humano.

Ainda, para se dizer o momento em que a vida se inicia é bastante trabalhoso, pois a doutrina acerca do assunto traz diversos entendimentos. Segundo Moraes (2006), a vida começa com o embrião fixando-se na parede uterina, com isso necessita da proteção jurídica, o que faz a punição de aborto devido a proteção da ser humano em desenvolvimento.

Contudo, o direito à vida não possui um status absoluto, como mostra o ADPF nº 54 em relação ao caso de aborto de feto anencéfalo, tendo a discriminação concedida pelo Supremo Tribunal Federal, onde o direito à vida foi relativizado em relação a outro bem jurídico resguardado (BRASIL, 2013).

Como mostra Gomes e Colli (2016), o direito à vida garantido pela Constituição Federal de 1988, não é de status absoluto quando se colide com outros interesses mais relevante em jogo, tornando-se necessário para ferir o bem jurídico da vida, uma vez que não há criação de risco proibido.

De igual modo, o mesmo autor afirma que em relação ao aborto anencefálico no caso de morte atritaria, ou seja, ao inverso, pois a morte do feto é antecipada pelo fato da inviabilidade de se manter a gestação, tendo em vista que se prevalece outros interesses extremamente importantes, quais sejam: a saúde da gestante, seu psicológico, liberdade de escolha diante de sua dignidade como ser humano e entre outros. Em conclusão, é baseado na atipicidade do aborto anencefálico.

De igual modo, Lima (2008), mostra que o direito à vida poderá ceder seu lugar de atuação em relação a outros direitos fundamentais, assim como quaisquer outros direitos. Assim, quando há existência de conflitos em relação a outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, poderá dar lugares à aqueles de maior relevância.

Não é diferente a concepção do Ministro Arnaldo Esteves Lima, no acórdão nº 56.572 – SP (2006/0062671-4), no qual se deu por meio de Habeas Corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça, no qual a gestante busca o aborto em face da grave anomalia do feto:

[...] verifica-se que as duas causas especiais de exclusão de ilicitude previstas na legislação de regência (CP, art. 128, incs. I e II) envolvem dois bens contrapostos e igualmente tutelados em nosso ordenamento jurídico. A primeira hipótese cuida do aborto necessário (CP, art. 128, inc. I), por ser o único meio de salvar a vida da gestante. Nesse caso, em que os dois bens juridicamente tutelados estão no mesmo plano e em conflito, que são as vidas da mãe e a do feto, o legislador fez indiscutível opção pela preservação daquela antecedente, permitindo o perecimento da vida do nascituro, mesmo que sem o consentimento da gestante, enquadrando a situação como espécie de estado de necessidade, reafirmando a máxima de que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida (BRASIL, 2016).

Ainda o relator toma como base o embasamento no artigo 128, inciso I, do Código Penal, onde é concedido à grávida mesmo que o feto apresente ter saúde e desenvolvimento humano, pois deve se refletir diante da Constituição Federal e em seus princípios embasados, para que não transformes os bens jurídicos protegidos por lei abandonado dos objetivos fundamentais de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

Igualmente acontece em casos de gravidez provida pelo estupro, onde se tem a relativização do direito à vida em detrimento da extrema violação da dignidade da mulher por um ato forçado, deixando de lado o bem jurídico protegido constitucionalmente que é o direito à vida do feto. Refere-se ao aborto sentimental previsto no artigo 128, inciso II do Código Penal, como é possível observar a jurisprudência a seguir:

ABORTO SENTIMENTAL. CONFLITO QUE SE ESTABELECE ENTRE OS VALORES VIDA (DO FETO) E DIGNIDADE HUMANA (DA GESTANTE). ADOLESCENTE COM SEVERAS DEFICIÊNCIAS MENTAIS QUE SE VIU SUBMETIDA A RELAÇÕES SEXUAIS COM O PRÓPRIO TIO E PADRASTO, QUE DETINHA SUA GUARDA FORMAL, DO QUE RESULTOU A GRAVIDEZ. REVOGAÇÃO DA GUARDA QUE CONFERIU AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA FALTA DE REPRESENTANTE LEGAL, 29 LEGITIMIDADE PARA ATUAR EM SEU NOME. O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia

de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70018163246, Câmara Medidas Urgente Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: 30 Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 03/01/2007)(TJ-RS - AI: 70018163246 RS , Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Data de Julgamento: 03/01/2007, Câmara Medidas Urgentes Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/01/2007).

2.6.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da gestante

O Princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como embasamento legal o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, como uma das bases para um Estado Democrático de Direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]. III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Segundo os ensinamentos de Bulos (2009), quando a Carta Magna fala em dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo, dando espaço para integridade moral do ser humano, independente de raça, religião, cor, origem ou status social. Sua efetividade representa um grande marco contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão, ou seja, é um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.

De igual modo, Sarlet (2007), salienta que a dignidade da pessoa humana é o respeito a proteção da integridade física e moral de uma pessoa, pois é essencial que esta tenha sua autônima. Além de, segundo Holther (2009), ser fator de legitimidade do exercício do poder do estado, fazer com que os poderes públicos promovam a dignidade da pessoa humana na sociedade.

Todavia, é necessário ressaltar que é difícil descrever este princípio fundamental de grande importância no âmbito jurídico. Contudo, Sarlet (2007, p. 227) conceitua que:

A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo, e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Em síntese, Taborda e Muraro (2017) pontuam que o princípio da dignidade da pessoa humana está entrelaçado à própria liberdade e à autodeterminação da pessoa perante a sociedade.

Isso é possível no julgamento ADPF nº 54, sobre a descriminalização aborto anencefálico, onde mostra que a dignidade da pessoa, se tornou algo de absoluta proteção do estado, assim como, no caso de gravidez proveniente de estupro do artigo 128, II, do Código Penal, onde a gestante tem autonomia sobre seu corpo e direito de escolha. (BRASIL, 2013).

De modo que, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito (2013), durante a sua manifestação no ADPF nº 54 que trata sobre a discriminação de aborto anencéfalo, explica que o estupro é a maior brutalidade em oposição a sua autonomia como mulher (BRASIL, 2013). Caso venha a resultar em gravidez da vítima, acarretará a gestante um retorno a tal ato violento, chegando a uma situação de tortura. Pois, negar à gestante o direito de abortar é caracterizado um ato desumano a sua saúde física e psicológica. Ainda viola o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual é um princípio de relevância universal.

Diante do mesmo julgado (ADPF 54), o Ministro Cezar Peluso (2013), afirma que o sofrimento colocado sobre a mulher pelo ato conscientizado, é permitido pela lei que a grávida possa exercer o seu direito de escolha devido à injustiça sofrida pela infamante violência, que repugna à consciência jurídica. Pois, tem que se reconhecer a dignidade da pessoa humana, visto que não se trata de banalizar a vida devido ao direito de escolha ter a gestação, mesmo advento de ato violento não conscientizado pela gestante poderá ter seu filho (BRASIL, 2013).

De igual modo, verifica-se a posição do Ministro Joaquim Barbosa, em relação também ao ADPF nº 54, onde mostra que a não se contrapõe ao princípio da

dignidade da pessoa humana quando se tem que preservar a integridade física e psicológica da mulher e conceder o direito de escolha em ter ou não a gravidez quando não há possibilidade de desenvolvimento humano. Pois, ao proceder à ponderação entre a vida e o direito de escolha, no caso em tela, prevalecer a dignidade da mulher (BRASIL, 2013).

Deste modo, que tanto em caso de anencéfalo, quanto a gravidez resultada de estupro é a observância da dignidade da gestante, diante do seu direito de consentir ou não o aborto. Ou seja, é o exercício pleno de sua autonomia.

2.7 Descriminalização do aborto

As discussões sobre a discriminação do aborto no Brasil têm como base, de acordo com Santos, Anjos, Souzas e Eugênio (2013), os aspectos sociais, culturais, morais, legais, econômicos, bioéticos, religiosos e ideológicos. Em razão do intenso aumento do número de abortos e morbimortalidade materna, resultando em uma questão de saúde pública.

Isso, porque o aborto algo corriqueiro entre as mulheres brasileiras. De acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto (PAN), de 2016, gerenciado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros (ANIS), sendo efetuado pela Agência Ibope Inteligência, trazido no artigo sobre Pesquisa Nacional de aborto coordenado pelos autores Diniz, Medeiros e Madeiro (2017) aduz que das 2.002 mulheres alfabetizadas na idade entre 18 a 39 anos, cerca 13%, ou seja, 251 mulheres já cometeram aborto pelo menos uma vez. Se assemelha muito com o PNA de 2010 que foi de 15%, todavia, essa pequena diferença entre os dois anos citados pode estar dentro da margem de erro. Em relação a mulheres mais velhas, entre 35 a 39 anos, a porcentagem é de 18% e entre 38 e 39 é de 19%. Já na idade de 40 anos a faixa é 19%, assim uma em cada cinco mulheres já cometeu aborto. Contudo, há uma frequência maior em jovens que é de 29% (73) entre 12 a 19 anos, 28% (70) entre 20 a 24 anos e 13% (32) na faixa dos 25 anos.

O referido artigo ainda traz que metade das mulheres que já passaram por processo de aborto utilizaram medicamentos, ou seja, 48% (115). Sendo o principal medicamento utilizado o Misoprostol no Brasil, que é o recomendado para que se faça um aborto seguro segundo a Organização Mundial da Saúde. Entretanto, metade das mulheres que não conseguiram finalizar o aborto, houve a necessidade de ser

internada (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017).

De acordo com a pesquisa de Singht, Remez, Sedgh, Kwok e Onda (2017), sobre aborto no mundo, os países onde o aborto não é permitido em qualquer caso ou apenas quando oferece risco para a mãe, são 37 abortos realizados a cada mil mulheres. Aqueles países onde o aborto é legalizado, sem haver qualquer tipo de restrição, são 34 abortos realizados a cada mil mulheres. A pesquisa *Abortion Worldwide*, pontua que aproximadamente 25 milhões de abortos sem segurança são realizados pelo mundo todo ano.

Por meio das observações de Santos, Anjos, Souzas e Eugênio (2013), é possível verificar que as mulheres que praticam o aborto não tem uma classe social, credo ou idade muito definida. Tem aquelas mulheres que devido a sua condição social conseguem custear uma clínica abortiva que fornece um maior cuidado e higiene. Todavia, as mulheres que não têm esse tipo de condição, como grande parte da população brasileira, estão sujeitas a meios mais perigosos que causam um aumento no agravo à saúde, como por exemplo, hemorragias, infecções, perfuração do útero, esterilidade e entre outros. Como consequência, tem-se aumento mortalidade, pelo fato das complicações geradas no processo.

Segundo Grupo de Estudos do Aborto (GEA) (*apud* LANGER, 2013), representado pelo Jefferson Drezett, médico na área de ginecologia e obstetra, no qual tem a função de debater sobre aborto em face não sobre o âmbito penal, mas tratar como questão de saúde pública, além de prestar serviços para o aborto legal no Brasil destacou que nos países aonde houve a legalização houve uma redução à morte durante o processo ou complicações após o processo de aborto. Na África do Sul, depois que houve a legalização do aborto em 1996, foi constatado que diminui o porcentual em 91% a morte da gestante no intervalo de 5 anos, assim como aconteceu na Romênia, onde se teve também a redução da mortalidade acerca do aborto, devido a legalização. Ainda grande parte dos países europeus e também os Estados Unidos, Canadá e México onde houve a descriminação do aborto. Já os países como Portugal, Espanha, Alemanha, Áustria, Noruega, Suíça, Bélgica, Dinamarca, Países Baixos, Grécia, Itália e o Uruguai, o aborto legalizado, tendo até 10^a, 12^a ou 13^a semana para escolher se quer abortar ou não e no Reino Unido é traçado até 24^a semana, sendo na Suécia diminuído até 18^o semanas.

No Brasil, a ação está ocorrendo através do ADPF 442 de 2017 impetrado no Supremo Tribunal Federal. O documento protocolado pelo PSOL (2017) pede que a

Suprema Corte a parcialidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal para que interrupção praticada pela gestante até 12^a semanas não seja mais crime, por ser um direito da mulher. Esse intervalo foi escolhido, pelo fato de dar mais segurança no processo e aonde há mais desistência do desenvolvimento da gestação. Ainda, o documento foi assessorado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) (BRASIL, 2017).

Todavia, GEA (*apud* LANGER, 2013), já havia apresentado um documento ao Senado Federal por meio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), tendo como apoio outras entidades, uma reforma do artigo 128 do Código Penal:

A SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA (SBPC) e todas as entidades civis abaixo subscritas MANIFESTAM O SEU APOIO ao PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL (CP), da Comissão do Senado Federal, no que diz respeito à nova redação do artigo 128, que, avançando na defesa dos direitos humanos, exclui a criminalização do aborto nas seguintes hipóteses:

I – quando “houver risco à vida ou à saúde da gestante”;

II – se “a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”;

III – “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”; e

IV- “por vontade da gestante até a 12^a semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade”.

Segundo o grupo, a descriminalização do aborto tem como fundamentos vários Tratados e Convenções Internacionais, em que o Brasil assinou, tais como a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizado no Cairo no ano de 1994, assim como a Conferência Mundial sobre a Mulher (CMM), feita em Pequim no ano 1995, onde foi estabelecido os meios que é o governo atuar sobre a esfera da saúde sexual e reprodutiva.

De acordo com os ensinamentos de Gama (2004), o que se pode tirar sobre a Conferência de Cairo é o ser humano ter domínio sobre o seu próprio corpo, tais como a sexualidade, reprodução e saúde sexual, caso o Estado venha violar esses preceitos é equiparado como não cumprimento de um direito fundamental.

Por fim, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia, no ADPF 54, relata em seu voto que aquele que não tem controle sobre o seu próprio corpo, não tem como exercer seus direitos, pois o direito de escolha é resguardado a pessoa e não ao Estado (BRASIL, 2013).

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao fim do percurso da presente pesquisa, que teve como principal pretensão analisar conforme atual código penal com a ordem constitucional em vigência o crime de aborto. Por meio com suas tipificações penais, majorantes e aborto o aborto legal, conforme a lei, face dos princípios constitucionais do direito à vida e dignidade da pessoa humana e o exame da ponderação em caso de conflito entre o direito a vida do feto e a dignidade da pessoa, resultando possibilidade da descriminalização.

Desse modo, é possível perceber que nossa Carta Magna tem como fundamento os princípios, que dá a base para todo o nosso ordenamento jurídico vigente, que tem como objetivo proteger um bem jurídico, tendo como grande relevância perante a sociedade.

Assim, quando o Código Penal trata do autoaborto e do aborto sem consentimento ou não da gestante, o bem jurídico nesse caso preservado é o direito à vida do feto, com base no princípio do direito à vida sob a ótica da Constituição Federal.

Todavia, quando Código Penal trata das excludentes de ilicitude, que no caso é o aborto necessário e sentimental, bem jurídico protegido no caso agora é a dignidade da pessoa, ou seja, o direito da gestante em escolher abortar ou não.

Nesse prisma, o que se conclui é que nem um princípio fundamental é absoluto, quando há essa colisão entre princípios se faz o exercício constitucional da ponderação. Dando lugar para aquele princípio que tem mais relevância perante o fato. Contudo, quando faz o processo de ponderação, não exclui o outro princípio de menor relevância, pois ao contrário das regras não se estabelecem no mundo juridicamente válido, mas no indefinido mundo do possível.

Sob essa ótica, por meio do ADPF 54, houve a descriminalização do aborto anencéfalo, onde o STF reconheceu a necessidade da dignidade da gestante, em escolher abortar ou não de fetos sem cérebro, mesmo que venha nascer saudável, mostrando uma relativização do direito à vida em contraponto a dignidade a gestante em ter o direito de escolha.

No Brasil, por meio da pesquisa feita pelo PNA, o aborto clandestino acontece de forma diária. São mulheres de diferentes classes sociais e religiões que se arriscam nas clínicas de abortos, mas há uma diferença entre aqueles que têm maior poder

aquisitivo, pois a mulher pobre tem acesso a métodos que trazem mais riscos para a sua saúde, podendo levar a morte.

Foi constatado ainda, o alto índice de internação pós a prática de aborto em clínicas clandestinas, tendo como ocorrência metade dos casos. Já outra metade utiliza de medicamentos e caso de indução. Isso mostra que o aborto é uma questão de saúde pública.

Desse modo, o que se perceber é que em países onde uma descriminalização do aborto, a taxa de mortalidade junto com todos os problemas do processo de aborto clandestino, houve uma redução bastante significativa.

Nessa perspectiva, APDF nº 442 que continua em andamento no STF, tem como objetivo a parcialidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, por ser um direito a mulher a prática da interrupção do aborto até 12º semana não seja crime. O intervalo foi escolhido para dar mais segurança ao processo e aonde ocorre maior desistência do desenvolvimento da gestação

Diante de todo o exposto, mesmo que o aborto seja algo polêmico, há sempre a necessidade de discussão, visto que é reconhecido, até em tratados internacionais, o direito da mulher sobre o seu próprio corpo, e conseqüentemente a escolha da interrupção de uma gravidez indesejada, por meio de métodos seguros providos pelo Estado. Sendo digno da gestante, conforme o elencado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

4 CONCLUSÃO

Realizada a presente pesquisa, cujo objetivo se concentrou em analisar a descriminalização do aborto sob a ótica dos princípios direito à vida e da dignidade da pessoa humana em face da Constituição de 1988. Além da utilização da ponderação para conflitos constitucionais devido aos bens jurídicos protegidos pelos princípios, que é o direito à vida e a dignidade da pessoa em face da mulher grávida.

Historicamente, a prática de aborto é reconhecida desde os primórdios da humanidade, sendo devido ao fato econômico, demográfico ou social. Havendo com o passar do tempo diferentes leis sobre o aborto, alguns consideravam como ato criminoso e outros viam como um fato atípico, podendo até em alguns casos ser direito da mulher em ter o desenvolvimento da gestação ou não.

Aqueles que são contra o aborto, defendem o direito do nascituro, já aqueles defende descriminalização do aborto falam do direito de escolha da sobre o seu corpo. Todavia, as desavenças são grandes, mas o que não se deve questionar é que questão de saúde pública.

No Brasil, o aborto é considerado como crime de acordo com Código Penal, por meio do artigo 124 ao 128. O Código Penal proíbe a conduta do autoaborto e do aborto com ou sem consentimento da gestante. Todavia, o ordenamento jurídico tem duas hipóteses de excludente de ilicitude, que o aborto necessário, onde cessa a gestação devido ao risco de vida da gestante, e o aborto sentimental, que é aquele resultado de estupro. Essas majorantes tem a necessidade da autorização da gestante para o médico realizar o procedimento.

Nesse prisma, quando se levanta a descriminalização do aborto é colocando em choque os princípios constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se tem um princípio absoluto. Quando há esse conflito, se faz o exercício da ponderação para atribui peso aos bens jurídicos em destaque, que é a vida do feto e o direito de escolha a gestante. Pois, o Código protege a vida nascituro e aqueles que são a favor do aborto falam da dignidade da mulher em escolher, só nas excludentes de ilicitude que o Código coloca em foco a dignidade da mulher por meio dos dois casos concretos.

Desse modo, a relativização do direito à vida também foi fundamento de uma decisão do STF em relação ao aborto de anencéfalo, mesmo que venha a ter vida

após o parto.

De acordo com os dados da GEA, anteriormente mencionados, os países que tiveram a descriminalização do aborto houve uma diminuição drástica nos índices de mortalidade de gestantes, pois antes faziam de forma clandestina por meio de práticas precárias, no qual grande maioria vai para os hospitais devido às sequelas decorrentes do abortamento.

Diferente dos países aonde o aborto não é descriminalizado se tem um aumento elevando da mortalidade de gestantes e não leva a redução de tal prática, pois a proibição faz com que as gestantes procurem clínicas clandestinas sem a menor segurança.

Com isso, foi impetrado no STF pelo PSOL, a ADPF n. 442 que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana em face do direito da escolha da gestante em fazer o aborto. Segundo documento proposto, a gestante terá direito de fazer aborto até a 12^a semana de gestação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Ambiental**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: crime contra a pessoa**. 18. ed. São Paulo, 2018.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

BRASIL. **Código Criminal**, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 56.572/SP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, de 15 de maio de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7160930/habeas-corpus-hc-56572-sp-2006-0062671-4-stj/relatorio-e-voto-12886181?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442**, de 31 de julho de 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: 2013.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#B2>. Acesso em: 30 out. 2019.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio da Paternidade Responsável**. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. vol. 18.

GELEOTTI, Giulia. **História do Aborto**. 1. ed. São Paulo: Edições 70, 2007.

GILABERTE, Bruno. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

GOMES, Nystrom Zoppelaro; COLLI, Luciene Rinaldi. **A Relativização do Direito à Vida e a Legalização do Aborto: os limites da proteção constitucional do direito a vida face a dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/352/292>>. Acesso em: 30 out. 2019.

GOULART, Michel. Uma Breve História do Aborto. **Jornal A Tribuna**, fevereiro, 2019. Disponível em: <<http://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso Direito Penal: Parte Especial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HOLTHER, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. ed. SALVADOR: JusPodivm, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

LANGER, Cristiane Elisa. **A Possibilidade de Descriminalização do Aborto Face aos Princípios Constitucionais do Direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana**. 2013. 58 f. Monografia – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2196/MONOGRAFIA-CRISTIANE-ELISA-LANGER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 out. 2019.

LIMA, Caroline Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde de mulher**. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131831>. Acesso em: 29 out. 2019.

MORAIS, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal e Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Vanessa Cruz; ANJOS, Karla Ferraz dos; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a14v21n3.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

SINGH, S.; REMEZ, L.; SEDGH, G.; KWOK, L.; ONDA, T. **Abortion Worldwide 2017**. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/abortion-worldwide-2017.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

TABORDA, Alini Bueno dos Santos; MURARO, Mário Miguel da Rosa. **A discriminação do aborto como forma de garantir a dignidade humana: preservando a vida, identidade e autonomia das mulheres**. Disponível em: <<http://omicult.org/emicult/anais/wp-content/uploads/2018/06/A-DESCRIMINALIZA%C3%87%C3%83O-DO-ABORTO-COMO-FORMA-DE-GARANTIR-A-DIGNIDADE-HUMANA-PRESERVANDO-A-VIDA-IDENTIDADE-E-AUTONOMIA-DAS-MULHERES.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70018163246. Relator: Marcelo Bandeira Pereira. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 08 de janeiro de 2007. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16037741/agravo-de-instrumento-ai-70018163246-rs/inteiro-teor-103469472?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.