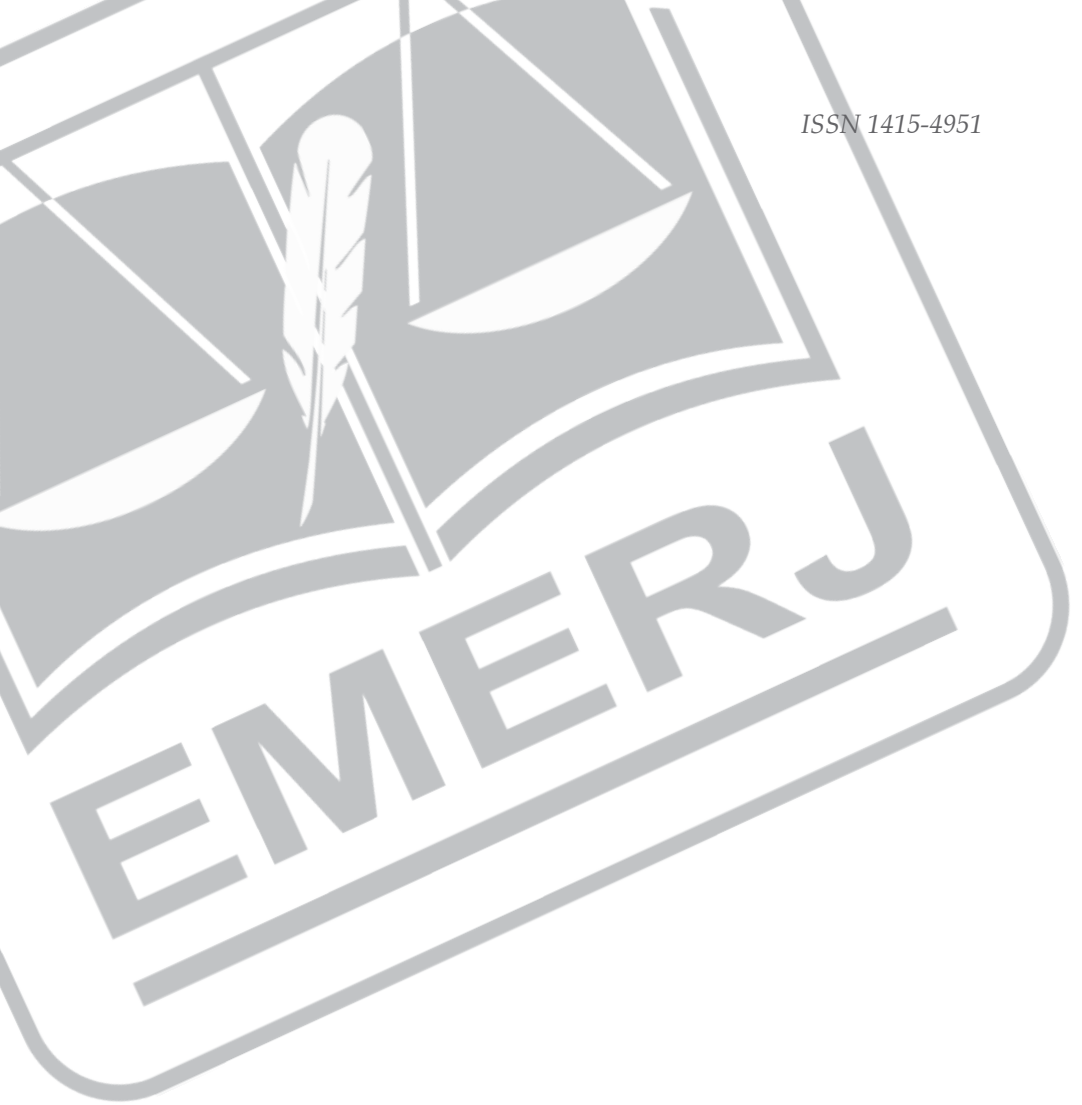


ISSN 1415-4951



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 22 - n. 3 - Ano 2020

Rio de Janeiro

Aborto: Direito à Vida ou Dignidade da Pessoa Humana?

Luciana Silva Sousa

Graduada em Direito e pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Advogada especializada em contencioso cível no Flexa Vieites Novaes Advogados Associados.

RESUMO: Muito se fala, ao argumentar contra ou a favor do aborto, sobre seus efeitos em relação à mãe, sobre o direito à vida do feto e suas consequências sociais. A questão do aborto econômico-social em âmbito constitucional suscita uma série de temas que devem ser observados sob o prisma da legislação, da doutrina e do estado de desenvolvimento em que a sociedade se encontra atualmente. Dessa forma, o presente artigo pretende interpelar sobre o tema aborto à luz da Carta Magna, levando em consideração os direitos fundamentais previstos na norma Constitucional, quais sejam: o direito à vida por parte do feto e a dignidade da pessoa humana por parte da gestante. Inserem-se nesta pesquisa os conceitos doutrinários e tipos de aborto existentes, bem como o ativismo judicial que gira em torno do aborto econômico-social.

Palavras-chave: Aborto econômico-social; Direito à vida; Dignidade Humana.

ABSTRACT: Something is saying about in arguing against or in favor of abortion, its effects on the mother, the right fetus' life and its social consequences. The issue of economic-social abortion at the constitutional level raises a number of issues that must be observed under the prism of legislation, doctrine and the state of development in which society is now. Thus, this article intends to address abortion in the light of the Constitution,

taking into account the fundamental rights provided for in the Constitutional norm, namely: the right fetus' life and the dignity of the human person on the part of the pregnant woman. This research includes the existing doctrinal concepts and types of abortion, as well as the judicial activism that revolves around economic-social abortion.

Keywords: Economic-social abortion; Right to life; Human dignity

SUMÁRIO: Introdução: 1. DO CONCEITO DOUTRINÁRIO E OS TIPOS DE ABORTO; 2. DO ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO NOS CASOS DE ABORTO; 3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3.1 Do direito à vida; 3.2 Da dignidade da pessoa humana; 3.3 Da ponderação entre os direitos fundamentais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo centra-se no tema – Aborto: Direito à vida ou dignidade da pessoa humana? – levando em consideração os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, quais sejam: o direito à vida por parte do feto e a dignidade da pessoa humana por parte da gestante.

A proposta desta pesquisa é, no mínimo, emocionante, na medida em que a gravidez, com o conseqüente nascimento, sensibiliza e toca a emoção de todo e qualquer ser humano; na mesma direção do comportamento emotivo, a possibilidade de uma pessoa falecer antes mesmo de ter a oportunidade de conhecer a luz do sol choca e fere os sentimentos de todo indivíduo consciente acerca da importância da vida. Nesse diapasão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui dispositivos que protegem e asseguram o direito à vida. O artigo 5º, I, por exemplo, protege a mulher, uma vez que determina que “...todos são iguais perante a lei...”. Já o artigo 293 assevera, explicitamente, a proteção “à família, à maternidade, à infância...” e diversos outros artigos que, direta ou indiretamente, têm como foco o direito ao nascimento, ou seja, à vida.

Vista sobre outro aspecto, a situação das gestantes, no que tange à proteção, na prática nem sempre ocorre, uma vez que a sociedade está vivenciando um processo de diversas transformações, em que as mulheres sofrem nas suas relações interpessoais, refletindo assim no contexto da gravidez, no seio da sociedade. À luz da maternidade, essas cidadãs precisam ter acesso aos seus direitos resguardados, no entanto, quase sempre, não encontram o alicerce ideal para que lhes sejam proporcionados os momentos de pura emoção na maternidade.

Frente à ausência dos direitos consagrados na Carta Magna e aos contextos socioeconômicos por que passam, as grávidas, em expressiva maioria, optam pelo aborto, ferindo, nessa ótica, os artigos 124 a 128 do Código Penal, o qual ratifica a concretização de um crime: prática abortiva, que, segundo a OMS – Organização Mundial de Saúde, faria parte da vida das 47 mil mulheres que morreram, em decorrência de abortos inseguros.¹

Por se tratar de um tema de enorme abrangência, será feito um recorte específico, trazendo para o centro das reflexões questões relacionadas ao direito à vida, por parte do feto, e à dignidade de pessoa humana, por parte da gestante, no que se refere ao aborto econômico-social, indagando-se: O direito à vida é absoluto? Em caso negativo, como resolver a divergência entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana quando se tratar de um aborto?

A proposta deste artigo é construir uma linha lógica de pesquisa que permita uma reflexão sobre o problema, tendo em vista que “todo trabalho logicamente construído é uma demonstração que visa a solucionar um determinado problema”²

Para tanto, iniciaremos esta pesquisa fazendo uma explanação sobre os conceitos doutrinários e tipos de aborto existentes, objetivando, assim, um melhor entendimento da prática abortiva. No segundo capítulo, faz-se necessário explicitarmos o ati-

1 Aborto inseguro ainda está matando dezenas de milhares de mulheres, alertam especialistas da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/aborto-inseguro-ainda-esta-matando-dezenas-de-milhares-de-mulheres-alertam-especialistas-da-onu/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2018 às 20:10h.

2 SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 13 ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1986, p.148/149

vismo judicial que gira em torno desse tema tão atual no Poder Judiciário, mencionando as ADPF's 54 e 442. Por fim, este estudo pretende, através da ponderação dos direitos fundamentais – direito à vida e direito à dignidade da pessoa humana -, demonstrar que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, uma vez que, ao “sopesar a dignidade da gestante, a política do legislador torna-se um verdadeiro imperativo constitucional”³.

1. DO CONCEITO DOUTRINÁRIO E TIPOS DE ABORTO

O Código Penal brasileiro não define claramente o conceito de aborto, utilizando tão somente a expressão “*provocar aborto*”, motivo pelo qual ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência a definição dessa expressão. No dicionário de Língua Portuguesa, Sacconi define que abortar é “causar a cessação prematura de gravidez ou gestação”.⁴ A etimologia da palavra *aborto* advém do latim *ab*, que significa privação, e *outros*, nascimento, sendo assim, a palavra aborto quer dizer privação do nascimento.⁵

Aníbal Bruno preleciona que “segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto”.⁶

Segundo Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim, “aborto é a descontinuação da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção. Tecnicamente, o aborto não é conduta, mas sim o resultado da conduta”.⁷

Nesse sentido, Nucci define o aborto como a “cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando a morte do feto ou do embrião”.⁸

Para Mirabette, aborto é a:

3 RAMPAZZO, Adriane. A (in)constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo Comparado. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.20, n. 78, janeiro / abril, 2017, p.12

4 SACCONI, Luiz Antônio. Dicionário da Língua Portuguesa. 11ª edição. Ed: Nova Geração. 2009, p.21

5 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Ed: São Paulo, 1997, p.252

6 BRUNO, Anibal. Crimes Contra a Pessoa, 4ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1976, p.160 *apud*, GRECO, Rogério, Código Penal Comentado, 10ª edição, Niterói, RJ, Impetus, 2016, p.361

7 AZEVEDO, Marcelo André de, SALIM, Alexandre. Direito Penal – Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família. 5ª edição. Ed JusPodivm, 2000, p.94

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 7ª Edição. Ed Revista dos Tribunais, 2009, p.629

Interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) o feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão; não deixará de haver, no caso, o aborto⁹. (MIRABETTE, 2011, p.547)

Ressalta-se que não há previsão legal para a modalidade de provocação culposa do aborto, razão pela qual se uma gestante, com seu comportamento culposos, vier a dar causa à expulsão do feto, o fato será considerado como um indiferente penal, ressalvado o caso específico de lesão corporal seguida de aborto – artigo 129, §2º, V, Código Penal-, em que o trauma é voluntário, mas o aborto, embora previsível, não é desejado.

Segundo Bruno Gilaberte,

O aborto pode ser natural, acidental ou provocado. Natural ou espontâneo, quando o próprio organismo se encarrega de expulsar o produto da concepção. Acidental, quando decorre de um trauma não desejado. Provocado, quando há a vontade de abortar e o abortamento não acontece natural ou acidentalmente.¹⁰ (GILABERTE, 2013, p.87)

No que tange às espécies dolosas, estas podem ser subdivididas em criminoso e legal. Tais previsões encontram-se no Código Penal em seus artigos 124 a 128, na seguinte forma:

- (a) aborto criminoso – artigos 124 a 127;
 - a.1. autoaborto (art 124, §1ª parte);
 - a.2. aborto consentido (ou consentimento para o aborto – art 124, 2ª parte);

⁹ MIRABETTE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal, Ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 547

¹⁰ GILABERTE, Bruno, Crimes Contra a Pessoa, Ed. Freitas Bastos, 2013, p.87

- a.3. aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125);
- a.4. aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante (art. 126);
- a.5. causas especiais de aumento de pena (art 127);
- (b) aborto legal – art 128;
- b.1. aborto necessário (art. 128, I);
- b.2. aborto sentimental ou humanitário (art 128, II).

Quanto às palavras provocar e consentir, faz-se necessário entender que *provocar* significa dar causa ou determinar, e *consentir* quer dizer dar aprovação, admitir, tolerar.

Cumpra salientar que, nos casos dos artigos 124 ao 126, em que a prática abortiva é criminalizada, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo, uma vez que o bem jurídico é a vida e o objeto material é o feto. Ainda no viés do aborto doloso, tem-se que este pode ser provocado por um profissional ou por um leigo, utilizando-se de técnicas variadas, tais como:

1. Dilatação ou corte: usa-se um instrumento para dilatar o feto, em pedaços;
2. Sucção ou aspiração: acontece até a 12^a semana, com anestesia geral ou local;
3. Curetagem: após a dilatação interna, com uma cureta, a paciente passa por um processo de raspagem interna do embrião, da placenta e das membranas que envolvem o embrião;
4. Drogas e plantas: substâncias que são ingeridas para provocar o aborto;
5. Miniaborto: provocado quando a mulher está há menos de sete semanas sem menstruar;
6. Envenenamento por sal feito da 16^a a 24^a semana de gestação;

7. Sufocamento ou proporcional: puxa-se o feto, deixando apenas a cabeça para dentro.

Há ainda uma classificação doutrinária quanto às espécies de aborto, quais sejam: eugenésico, terapêutico, sentimental, econômico-social.¹¹

Eugenésico ocorre quando da interrupção da gravidez nos casos de haver sérios riscos para a prole, por predisposição da sua prole ou por ocorrência de doença materna durante a gravidez que comprometam o feto, acarretando enfermidades psíquicas, corporais, ou ainda, enfermidades e sequelas permanentes.

O terapêutico ocorre quando não existe outro modo de salvar a vida da gestante, sendo autorizado pela jurisprudência, sobrepesando uma vida à outra.

O sentimental, também chamado de humanitário, ocorre nos casos de gravidez fruto de estupro.

Já o econômico-social consiste no aborto praticado em razão da dificuldade financeira da gestante e de sua família, e é considerado como aborto criminoso.

A classificação do aborto do ponto de vista da finalidade e sob o prisma da lei, aproxima-se, sensivelmente, do foco deste trabalho, uma vez que acentua a relevância de tais afirmações para a discussão do tema. Tratar-se-á, nesta direção, apenas do aborto econômico-social. Este, que, nas palavras de Alessandro, *in* *Rinascita*, pode ser considerado como:

Uma manifestação desesperada das dificuldades da mulher para realizar uma opção livre e consciente na procriação e uma forma traumática de controle da natalidade. Mesmo numa consideração não religiosa, o aborto é um signo de uma rendição, nunca uma afirmação de liberdade. ¹² (NATA, 1975, p.41)

11 FRANÇA, Genival Veloso de, *Medicina Legal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017, p. 811-828

12 NATA Alessandro, *Sec. Geral do Partido Socialista Italiano in Rinascita, 1975 apud, CUNHA, Frankin, A Lei Primordial e Outros Ensaios*, Ed. AGE, p 41

Nessa esteira, é preciso ter sempre em mente que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, uma vez que o embrião vai se desenvolvendo desde a fecundação do óvulo, passando pela gestação, até chegar ao nascimento, comportando, assim, diferentes graus de proteção.¹³ Proteção essa que, conforme será visto nesta pesquisa, encontra amparo na lei.

Dessa forma, diante da existência de conflito entre o direito à vida e o direito de dignidade da gestante, não se pode afirmar com precisão quem, diante da prática abortiva, terá seu direito violado.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário, além de outras funções, garantir os direitos individuais, coletivos e sociais, e é justamente com o intuito de dirimir tal questionamento que nos deparamos com o **ativismo judicial**.

2. DO ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO NOS CASOS DE ABORTO

A priori, é imprescindível esclarecer que a questão do aborto não é uma discussão recente, sendo certo que quem pensa de tal maneira comete um erro crasso. Isso porque a condenação da prática abortiva veio a partir do Cristianismo, tendo como base o mandamento bíblico “não matarás”.¹⁴ Não se pode perder de vista que interesses políticos e econômicos motivaram esse posicionamento. Nesse contexto, “São Tomás de Aquino, com sua tese de criminalização tardia do feto, contribuiu para que a posição da igreja fosse mais benevolente naquela época”.¹⁵ Nos últimos anos, a discussão sobre o aborto aumentou consideravelmente no Brasil devido às decisões judiciais em todo o país, principalmente após a Suprema Corte decidir, por oito votos a dois, pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relatoria do Ministro Marco Aurélio, que autorizou a possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez em casos de fetos anen-

13 HC 0023285-95.2015.8.19.0000, 8ª Câmara Cível do TJRJ, Relator: Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior, p.71

14 Livro de Êxodo, capítulo 20, versículo 13. Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. Ed. 1995, Barueri, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995, p. 104

15 AZZI, Riolando. A Cristandade Colonial: um projeto autoritário. São Paulo: Paulinas, 1987, p.146

cefálicos, enaltecendo o direito à dignidade da pessoa humana, à autonomia, à privacidade, à liberdade sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica e à saúde.

Tem-se que uma das motivações para a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com consequente reconhecimento da inconstitucionalidade da conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, foi a impossibilidade de vida extrauterina, entendendo que o feto anencefálico é um natimorto, não havendo, portanto, vida em potencial.

Aplicou-se a mesma motivação acima ao Habeas Corpus nº 0023285-95.2015.8.19.0000, que tramitou na 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatoria do Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Junior, no qual se buscou obter autorização para a interrupção da gravidez em decorrência da grave enfermidade dos fetos siameses, o que os levaria a morte após o parto, além de gerar riscos à gestante, como polidramnia, hipertensão e esterilidade. Nas palavras do Desembargador Relator, “a tutela outorgada ao feto absolutamente saudável sofre supressão em prol dos direitos da mulher, maior razão para afastar a proteção dada ao natimorto quando os seus direitos estiverem em conflito com os da gestante.”¹⁶

Diante da similitude entre os casos, concluiu-se que não pode o Estado impor o prosseguimento de uma gestação cujo resultado final será, inquestionavelmente, a morte dos fetos. Ou seja, não há qualquer inconstitucionalidade nesses casos, uma vez que a vida da gestante mostra-se preponderante à vida intrauterina dos natimortos.

A matéria, inclusive, já havia sido apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em agosto de 2013, quando a Desembargadora Fátima Clemente concedeu a ordem ao Habeas Corpus 0035590-82.2013.8.19.0000, no qual a impetrante teve diagnosticada a gestação de fetos com gemelaridade imperfeita do tipo dicéfalo, com pescoços separados e apenas um corpo, com

16 HC 0023285-95.2015.8.19.0000 - Relator Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior – 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

a presença de coração único, existindo prognóstico de sobrevivência baixíssimo. O pedido de autorização de interrupção da gravidez formulado havia sido negado pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Todavia, diante do conteúdo dos laudos médicos que instruíram a pretensão, os quais constatavam os graves riscos à saúde da gestante e a inviabilidade da vida extrauterina, a Colenda Câmara decidiu por conceder a expedição de alvará de autorização para que a paciente fosse submetida à cirurgia de abortamento na Unidade de Medicina Fetal¹⁷

Há de ser ressaltado que a decisão definitiva de mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público¹⁸, podendo, portanto, ser aplicada analogicamente aos casos em que haja a ausência de potencialidade de o feto tornar-se um indivíduo pessoa.

Torna-se pertinente destacar a existência do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012¹⁹, o qual tem por objetivo alterar substancialmente o atual Código Penal brasileiro. Dentre as modificações propostas, tem-se a reforma do artigo 128 do Código Penal²⁰. Tal alteração legislativa visa a descriminar a prática abortiva nos casos em que haja risco à vida ou à saúde da gestante; se a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos

17 HC 0035590-82.2013.8.19.0000 - Relatora Des. Fatima Clemente – 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Julgamento: 20/08/2013

18 Lei nº 9.882/99, artigo 10, §3º.

19 Projeto de lei do Senado n 236, de 2012 - (Novo Código Penal) – Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acessado em 03/11/2018

20 Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se 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 – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestados por dois médicos;

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

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

atestados por dois médicos ou ainda, se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade. Podemos aqui dizer que a mudança legislativa que se objetiva é também consequência de um expressivo ativismo judicial.

No que se refere ao inciso IV, artigo 128, do referido projeto de lei - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade -, temos a decisão da 1ª Turma do STF, que considerou, através do HC 124.306, a inexistência de crime quando o aborto for praticado até o 3º mês de gestação (12ª semana).

No Habeas Corpus em comento, restou inconteste que, ao criminalizar o aborto, estaremos incompatibilizando diversos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, entre eles: os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante, a autonomia da mulher.

Fato é que a realização dos abortos vem sendo praticada às margens da lei, colocando em risco as vidas de mulheres que se submetem a tais atos. Mulheres essas, que, em regra, não possuem suporte socioeconômico, psicológico e até mesmo financeiro. Nesse sentido, o Ministro Barroso, em seu voto vista no Habeas Corpus 124.306, afirma que:

“A tudo isso se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que essas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos”²¹ (grifo nosso)

21 BARROSO, Luís Roberto. HC 124.306.

“(...) a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.²² (grifo nosso)

Inegável a consciência absoluta do Ministro Luís Roberto Barroso com os aspectos que dizem respeito à ótica científica, à Carta Magna e aos Tratados Internacionais, além de atender às orientações normativas do Ministério da Justiça. Barroso fundamenta a sua arguição acerca do voto à luz de três questões objetivas: a científica, a social e a jurídica. Sob o lume da ciência, tem-se que até a décima segunda semana o sistema nervoso central não está totalmente formado e, nessa ótica, o ser humano inexistente, pois ainda não é capaz de desenvolver as atividades do cérebro, na medida em que o mesmo não está completamente formado. No que tange à alegação do caráter social, torna-se necessário conhecer os contextos sociais em que vivem essas mulheres para usarem as práticas abortivas. Isso porque o aborto é praticado por cidadãs de todas as classes sociais. No entanto, não se deve deixar de assinalar a baixa escolaridade e o baixo poder aquisitivo, que estão, direta ou indiretamente, associados ao maior número de abortos. À vista disso, aos contextos científicos é adicionada a ausência da justiça social, que se materializa também na discriminação existente na sociedade.

Segundo a pesquisa feita pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), o número de abortos realizados no Brasil pode ultrapassar um milhão de mulheres. A pesquisa mostrou

²² BARROSO, Luís Roberto. HC 124.306.

que mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram ao menos um aborto na vida. Destes, 1,1 milhão de abortos foram provocados. Verificou-se, ainda, que no Nordeste o percentual de mulheres sem instrução (37%) que fizeram o aborto é maior do que as mulheres que possuem nível superior (5%).²³

Ressalta-se a existência da carência de informações quanto às pesquisas realizadas sobre o aborto. Isso porque, por ser ilegal, as pessoas omitem quanto a sua realização, seja por medo ou até mesmo por vergonha, uma vez que a sociedade considera a prática abortiva repugnável. Desta feita, mesmo diante de toda a incerteza numérica, temos o aborto como a 4ª maior causa de morte entre as mulheres²⁴.

Tem-se, assim, que a cada ano morrem aproximadamente 500.000 mulheres gestantes, número esse alarmante em países mais hipossuficientes financeiramente. Essas mortes podem ser evitadas através de políticas públicas de saúde. Afinal, toda mulher tem direito à maternidade sem risco.²⁵

Em que pese a irretocável decisão do STF ao Habeas Corpus em espeque, a interpretação jurídica deu-se de forma incidental, sem caráter vinculante, o que significa dizer que tal decisão restringiu-se ao caso concreto.

A problematização exposta no presente trabalho encontra-se intimamente ligada ao Direito, principalmente na esfera do Direito Constitucional, uma vez que o Estado é o responsável por resguardar direitos tão significativos, como o direito à vida, à liberdade de escolha e à dignidade da pessoa humana.

Além de ser um tema polêmico, considerando as infundáveis argumentações morais e éticas no âmbito social e religioso, encontrando-se expressamente previsto no Código Penal brasileiro como prática criminosa, o aborto é uma realidade social,

23 IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-mais-aborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge_a_21694557/>. Acesso em 03/11/2018.

24 SOUSA, Heloisa de. Brasil de fato. Edição: Paula Adissi. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2018/07/31/aborto-e-a-quarta-causa-de-morte-materna-no-brasil-afirma-pesquisadora/>. Acesso em 26/11/2018 às 2:03h

25 FRYDMAN, Rene. O livro das condições das mulheres. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/.../mp-debate-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 04.10.2018.

a qual necessita urgentemente de uma intervenção legal e doutrinária, a fim de que sejam acompanhadas as modificações de nossa sociedade.

Dessa maneira, enfatiza-se a existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual se pleiteia a descriminalização do aborto até a décima segunda semana, acendendo ainda mais a chama na discussão sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Um dos maiores questionamentos na referida ADPF é a não recepção pela ordem constitucional vigente dos artigos 124 e 126 do Código Penal, visando assim, a uma completa e plena autonomia da mulher de interromper sua gestação, sem que haja qualquer ingerência do Estado. O arguente – Partido Socialismo e Liberdade – afirma que a criminalização, como medida estatal, é desproporcional à proteção do embrião, uma vez que, além de não coibir a prática, não dá efetividade a prevenções, nem possibilita uma educação sexual, com o consequente acesso a métodos contraceptivos. Frisou, ainda, que a descriminalização do aborto garantirá um fortalecimento da igualdade de gênero e, assim, o combate à violência sexual.

Nas palavras da Ministra Relatora Rosa Weber, a descriminalização da prática abortiva é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, de saúde pública e de tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade.

Diante da complexidade constitucional existente, bem como de toda a valoração da tutela de direitos fundamentais, decidiu a Ministra Relatora pela convocação de audiência pública, a fim de serem debatidos os aspectos positivos e negativos que giram em torno da descriminalização, ou a manutenção da prática abortiva como crime. Foram aproximadamente 187 inscritos, sendo apenas 45 selecionados. Dentre eles, Organizações Não Governamentais - ONGs, entidades e pessoas físicas.

Apesar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 ainda não ter uma decisão final, a proposta apresentada nela é de suma importância, uma vez que o aborto inseguro ou clandestino é um problema da “mulher comum brasileira”, já que, segundo a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), publicada em 2010, uma em cada cinco mulheres com mais de 40 anos já fez, pelo menos uma vez, um aborto na vida.²⁶

Dessa forma, incontestemente a ligação da presente pesquisa aos direitos fundamentais. Isso porque, conforme preleciona George Marmelstein, os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.²⁷

Tem-se, portanto, a imperiosa necessidade de uma ponderação entre a vida do embrião e os direitos pertencentes à gestante, uma vez que ausente o caráter absoluto dos conflitos existentes²⁸, conforme se verificará no próximo capítulo.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A presente pesquisa não tem como intuito analisar os aspectos secundários ou marginais que rodeiam a prática abortiva, mas sim, os direitos fundamentais que pertencem ao Homem, quais sejam, sua vida e sua dignidade. Para tanto, é necessário levar em consideração que toda eliminação voluntária da vida humana é, em si, antijurídica e ilícita. *A contrario sensu*, o direito à vida é o dever jurídico de respeitá-la e isso importa afirmar, em si, que se não observarmos a liberdade de escolha, bem como a dignidade da pessoa humana, conseqüentemente estaremos diante da ausência da plenitude do direito à vida.

26 DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciênc.,saúde coletiva. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, junho/2010, p. 962.

27 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 18

28 FAVOREAU, Louis, PHIPLIP, Loic. Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel. 10ª ed., Paris: Dalloz, 1999, p.317 – 318, *apud*, Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, janeiro/abril v.20, n.78 – ano 2017, p.20.

Tais direitos norteiam o assunto de forma precisa, uma vez que, conforme já demonstrado nesta pesquisa, quando acatado um, anulado estará o outro.

Dessa forma, para fins de concatenar o trabalho, vamos primeiramente explanar sobre os direitos fundamentais – direito à vida e direito à dignidade da pessoa humana -, para somente após falarmos da ponderação que necessita ser realizada quando os direitos fundamentais estão em questão.

3.1 - Do direito à vida

Todo mundo tem direito à vida, todo mundo tem direito igual²⁹. Não podemos afirmar, mas provavelmente quando Lenine e Arnaldo Antunes compuseram essa música, eles não pensavam que essa frase se encaixaria tão perfeitamente em tempos atuais. Ao escrever tal letra, eles não pensavam no aborto, mas foi justamente com o mesmo intuito de igualdade que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, previu expressamente a proteção à vida, esta que, por força legal, não se limita ao ser humano formado, estendendo-se, assim, ao embrião, o qual, embora não esteja vivo, tem resguardado o seu direito a nascer.³⁰ Isso porque, segundo preconiza o artigo 2º do Código Civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Constata-se assim que, enquanto feto, o embrião tem legitimamente protegido o direito à vida.

Face ao exposto, considera-se coerente trazer para centro da reflexão análises acerca do que se considera nascituro e o *dies a quo* que determina o que se considera o início da personalidade humana, porque, no ângulo do atributo jurídico, fica materializada a personalidade citada quando o feto inicia a sua vida ao sair do ventre da sua mãe, independentemente das circunstâncias que envolvem o parto, quer seja de forma natural ou artificial, pois o importante é que se tenha a vida.

²⁹ Letra da música Rua da Passagem, composta por Lenine e Arnaldo Antunes.

³⁰ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 92

Nesse sentido, da simples concepção até o dia do parto, o embrião é considerado nascituro – gerado e sendo concebido no ventre da mãe, ou seja, “a lei protege os interesses do ser humano já concebido (óvulo fecundado), ordenando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano irá adquirir se chegar a ser pessoa”.³¹ Não se pode perder de vista que há uma expressiva diferença entre nascituro – a vida intrauterina – em relação ao natimorto (criança que já nasceu morta), que, nesse enquadramento, um natimorto foi, logicamente, um nascituro, ainda que o nascituro não tenha que ser, necessariamente, um natimorto.

Segundo Canotilho,

A Constituição protege igualmente a própria vida humana, o que abrange também a vida pré-natal, mesmo que ainda não investida numa pessoa. Todavia, este regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas.³² (CANOTILHO, 1985, p.175)

Nesse sentido, afirma o Ministro Luis Roberto Barroso:

(...) o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno³³.

31 PAIVA, J.A. Almeida. A personalidade civil do homem começa com o nascimento da vida. Consultório Jurídico, 2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 06.10.2018.

32 CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 2ª ed., vol. I., Coimbra, Almedina, 1985, p.175 *apud*, Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, janeiro/abril v.20, n.78 – ano 2017, p.23.

33 BARROSO, Luís Roberto. Habeas Corpus 124.306.

É imprescindível para o ordenamento jurídico um conceito do significado de início da vida humana. O STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tratava do artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), definiu o conceito de vida, que, segundo o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, começaria com o surgimento do cérebro. Tal definição também é estabelecida no artigo 3º da Lei 9434/97 (Lei de Transplantes), que prevê a possibilidade de transplante depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Tem-se assim que, para a lei, o final da vida se dará com a morte cerebral e, dessa forma, sem o cérebro não há que se falar em vida. Portanto, o conceito de vida para a Suprema Corte estaria ligado ao surgimento do cérebro.³⁴

Nessa vulgar analogia, não se deve perder de vista que a discussão acerca de vida x morte, maternidade x aborto, direito x crime deverá ser cingida pela ótica da plena proteção à vida humana. Assim, temos a patente dialética no que se refere à interrupção voluntária da gestação, uma vez que, para alguns, trata-se do direito à vida, direito esse fundamental; para outros, é evidente que envolve o direito da mulher ao seu próprio corpo. De sorte que, conforme passaremos a explicar, incontestemente a ligação tênue entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

3.2 - Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana tem passado ao longo da história do homem por contextos que não devem ser desvinculados da tradição bíblica, em que a dignidade era algo intrínseco ao ser humano.³⁵

A defesa da visão moderna do princípio que rege a dignidade humana foi atribuída a Kant, uma vez que, para ele, “todo ser humano tem o direito legítimo ao respeito de seus semelhan-

34 LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado, 19ª ed, rev., ampl., atual. – São Paulo. Saraiva, 2015, p.1156 e 1157

35 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 213

tes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais”³⁶ A partir da concepção Kantiniana de dignidade, a ausência de respeito, o aviltamento, a exploração em qualquer aspecto e as condições sub-humanas passaram a significar valores que contrariavam a justiça e a igualdade de todos os povos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1848, ratificou a universalidade dos princípios da dignidade da pessoa humana, assegurando-nos como pessoas livres, sem que houvesse ou haja qualquer tipo de discriminação, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social. Essa indivisibilidade foi reconhecida pela Declaração internacional de Viena, em 1993, que proclama em seu artigo 5º: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados”.³⁷

As mulheres, conseqüentemente, estão incluídas no seio dessas Declarações, em decorrência dos princípios de igualdade e da afirmação da inexistência de qualquer tipo de preconceito, ou seja, os direitos da dignidade da pessoa humana existem para todos os que fazem parte da simples condição: ser humano.

Nesse diapasão, a concepção de dignidade humana das grávidas, defendida no seio da Constituição de 1988, após passar por um processo histórico de transformações, chega ao início do século XXI como um valor supremo constituído pela razão jurídica.

Seguindo essa linha de pensamento, a dignidade humana das mulheres grávidas é um direito natural que se origina no momento do nascimento. Tem-se, assim, que “a dignidade com sua necessária compreensão histórica é condição primeira para a existência de cidadãos em uma república”³⁸.

Ao conceituarmos dignidade, podemos nos atentar às palavras de José Luiz Quadros Magalhães, para o qual dignidade é:

36 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros Escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 79.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 214

38 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.21.

Um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas que permitem que cada pessoa possa exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente, em meio a um ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais, sociais, políticos e econômicos de todos e cada uma das pessoas.³⁹ (MAGALHÃES, 2009, p.103)

Nota-se que a dignidade humana está intimamente ligada à autonomia de vontade, uma proteção implícita, uma vez que tem por objetivo conferir ao indivíduo o direito de determinar autonomamente o seu próprio destino, decidindo sobre as escolhas que digam respeito a sua vida e seu desenvolvimento, por óbvio, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas.⁴⁰

Neste ponto, ao analisar friamente o direito da dignidade da pessoa humana, poderíamos então afirmar a possibilidade de a mulher responder sobre seu próprio corpo, de sorte que poderia definir sua liberdade sexual, optando ou não por uma gestação não planejada, uma vez que não caberia ao poder público interferir nessas escolhas, pois se assim o faz, sopesa a dignidade da gestante, tornando-se um verdadeiro imperativo constitucional.

Tem-se, assim, que a dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana. Dessa forma, quando diante do direito à vida, estaremos com direitos fundamentais conflitantes, uma vez que estabelecem diretrizes em direções opostas. Desse modo, qualquer solução a ser adotada – o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana -, resultará numa restrição parcial ou total de um ou dos dois direitos. Assim sendo, conforme se demonstrará no tópico seguinte, há uma imprescindível necessidade de ponderarmos os direitos conflitantes.

39 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.103

40 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 16/17

3.3 - Da ponderação entre os direitos fundamentais

Em que pese as afirmações anteriores, é imperioso destacar que o debate sobre o aborto nunca poderá ser limitado às opiniões que defendem o direito ao nascimento das crianças ou às que optam pela possibilidade de escolha das grávidas, na medida em que é inegável o risco à vida das gestantes, sobretudo as que vivem no centro das vulnerabilidades sociais. Na verdade, há dados científicos e estatísticos referentes à mortalidade materna que incluem a tendência, cada vez maior, de países que alcançaram a redução do aborto e conseqüentemente preservaram a saúde das meninas e das mulheres, tendo como resultado, inclusive, a economia de gastos. Tem-se, portanto, que a mera preservação da vida não é suficiente quando, na verdade, é necessária a preservação da vida em condições condizentes com a condição humana.⁴¹

É inegável que os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Dessa forma, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana⁴². Há, portanto, um conflito entre o direito à vida do embrião e os direitos pertencentes à gestante.

Diante desse contexto, temos o que Robert Alexy denomina como colisão de direitos fundamentais. Isso porque, no dizer de Bobbio, “nossos sistemas jurídicos não são sistemas éticos unitários (...); eles não se fundam num único postulado ético, ou sobre um grupo de postulados coerentes, mas sistema com muitos valores e esses são muitas das vezes antinômicos entre si”⁴³. Segundo preleciona Jane Reis,

As antinomias são contradições de normas que ocorrem quando estas atribuem conseqüências divergentes para uma mesma situação de fato, ou seja, quando, diante de

41 MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.85.

42 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 16/17

43 BOBBIO, Norberto. Des critères por résoudre les antinomies. In: Essais de théorie du droit. Paris: LGDJ, 1998, P.91 *apud*, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Interpretação constitucional e direitos fundamentais – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p.264

um mesmo suposto fático, encontramos no ordenamento comandos em sentidos opostos que não podem ser efetivados ao mesmo tempo.⁴⁴ (PEREIRA, 2018, p. 265)

Alexy afirma que as colisões de direitos fundamentais podem ocorrer de forma restrita ou ampla. Em sentido restrito, quando o exercício do direito de um titular produz efeitos sobre os direitos fundamentais de outro titular.⁴⁵ Nesse caso, podemos estar diante de direitos fundamentais idênticos ou direitos fundamentais diversos. Já em sentido amplo, são aquelas nas quais os direitos fundamentais colidem com bens coletivos ou públicos.⁴⁶ No caso em tela, estamos diante de uma colisão em sentido estrito, pois o exercício do direito de um titular produz efeitos sobre os direitos fundamentais de outro titular, ou seja, se acatado o direito à vida do feto, anulada estará a autonomia de vontade da gestante.

As situações que envolvem o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, uma vez que qualquer dos direitos a ser adotado em um conflito resultará na restrição de um dos dois valores.⁴⁷ Para tanto, existem algumas formas de solucionar as questões quando estamos diante da colisão de direitos fundamentais, quais sejam: a categorização, a hierarquização e a ponderação⁴⁸.

Na categorização, há um esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas na norma constitucional⁴⁹, delineando os contornos dos direitos e, a partir daí, qualificar as situações de fato, enquadrando-as em classes pertinentes. Nas palavras de Jane Reis, “categorizar é entender as

44 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 265

45 ALEXY, Robert, *Colisão e ponderação com problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, Tradução de Gilmar Mendes. Palestra proferida na casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1998, Mimeo, apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 272

46 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 275

47 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 374

48 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 277/286/295

49 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 277

normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação”.⁵⁰ É certo que, muitas das vezes, o exercício de categorizar será suficiente para resolver as questões jurídicas, mas nem sempre será um mecanismo satisfatório para resolução de todos os casos.

A hierarquização é utilizada na solução de conflitos que envolvem direitos fundamentais. Consiste em estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados. Quando se aplica essa técnica, as colisões entre direitos são resolvidas de acordo com pautas preestabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, o que denotará na prevalência de quem ostentar a maior hierarquia.⁵¹ Há nessa noção uma grande divergência doutrinária, porque há quem defenda a impossibilidade de uma hierarquia dos direitos fundamentais, pois possuem uma projeção de mesmo valor.

Após conceituar a categorização e a hierarquização, afirmamos que o foco deste estudo é a técnica da ponderação.

Barroso afirma que a decisão pela ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.⁵²

Segundo o doutrinador George Marmelstein, em havendo a colisão de direitos fundamentais, fenômeno típico de um Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a aplicação da técnica da ponderação como método facilitador de sua solução⁵³. “A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes”⁵⁴.

50 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 277

51 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 286

52 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358

53 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 373

54 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 391

Ao analisarmos direitos constitucionais, tem-se que não caberia o critério hierárquico nem a categorização. Diante da técnica da ponderação, o jurista deverá, primeiramente, harmonizar os direitos existentes, de sorte que sempre que possível os aplicará de forma conjunta. Em não sendo possível tal conciliação, deverá partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita. Nota-se que é imprescindível que haja, num primeiro momento, a tentativa de harmonização. Nesse sentido, Antieau afirma que “o Tribunal Constitucional identifica os interesses sociais opostos, reconcilia-os, se possível, e, se a reconciliação não é possível, determina que naquelas circunstâncias um dos interesses deve prevalecer, com uma explicação para a comunidade do porquê decidiu assim.”⁵⁵

Temos aqui o que Ana Paula de Barcellos denomina como as três etapas sucessivas da ponderação⁵⁶, quais sejam:

a) Primeira etapa: identificação dos enunciados normativos em tensão, ou seja, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando os conflitos entre elas;

b) Segunda etapa: identificação de fatos relevantes, as circunstâncias concretas de cada caso;

c) Terceira etapa: decisão. “É nesta etapa que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa”⁵⁷

Apesar de aparentemente ser o modelo perfeito, a ponderação não oferece nenhuma resposta segura e cem por cento objetiva para os inúmeros difíceis casos que envolvem direitos fundamentais, como, por exemplo, a problemática desta pesquisa. Não há uma resposta absoluta quanto a qual direito funda-

55 ANTIEAU, Chester. The jurisprudence of interest as a method of constitutional ad-judication. *Case Western Reserve Law Review*, v. 27, n.4, 1997, p. 825 *apud*, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – 2º ed.* – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 304

56 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91

57 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.123

mental sopesar, uma vez que cada caso deverá ser analisado com parcimônia. Como explica Robert Alexy, “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser a importância do cumprimento do outro”⁵⁸.

Tem-se, assim, que a ponderação é, em essência, um procedimento de argumentação e, portanto, de fundamentação. Ponderar é uma forma de interpretar, que, em sua acepção mais coerente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer⁵⁹.

Barroso, em seu livro *Interpretação e Aplicação da Constituição*, utiliza uma forma didática para explicar a técnica da ponderação, vejamos:

(...) o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação.⁶⁰ (grifo nosso) (BARROSO, 2004, p.357)

58 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.15 *apud*, MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 392

59 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – 2ª ed.* – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 304

60 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357

Aplicando tal técnica ao nosso tema, temos que o intérprete constitucional não poderá sopesar somente a perspectiva do direito à vida do embrião. De igual forma, não poderão somente os direitos pertencentes à mulher – dignidade da pessoa humana, autonomia, à privacidade, à liberdade sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica, à saúde - prevalecer incondicionalmente, uma vez que, ao fazer a análise do caso concreto, deverá proporcionalmente sopesar os direitos que os envolvem, adequando-os à necessidade existente, aplicando-se, assim, responsabilmente a técnica da ponderação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado neste estudo se apresenta como matéria de Direito Constitucional, no que tange aos Direitos Fundamentais, sendo o centro desta pesquisa a dialética do direito à vida por parte do feto, bem como a liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana por parte da gestante.

A aplicabilidade e as vertentes, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, que nortearam o presente estudo demonstraram a importância significativa de ambos os direitos, analisando suas incoerências e dicotomias.

Se, por um lado, entendermos que a criminalização da prática abortiva é um meio de proteção do embrião, por outro, poderíamos entender que a descriminalização do aborto é um meio menos gravoso para proteger a saúde, a liberdade da mulher, sua integridade física, moral e psicológica.

Em que pese as discussões éticas e religiosas, que se frisa, não fizeram parte do nosso estudo, temos que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que este é um pré-requisito para a existência dos demais, tais como o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Todavia, devemos observar que o ser humano deve ser considerado em si mesmo, sob uma ótica que respeite a sua dignidade, e, portanto, ao olharmos para a mulher como detentora da autonomia de vontade, do direito à privacidade, à liberdade

sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica e à saúde, teremos que esta é capaz de decidir livremente, sem qualquer tipo de ingerência do Estado, sobre seu corpo e, assim, optar pela manutenção ou interrupção, mesmo que sem motivos relevantes, de uma gravidez não desejada.

Não se pode olvidar que, apesar da atual legislação proibir a prática abortiva, as mulheres não o deixam de fazer. Ocorre que, as gestantes que possuem melhores condições socioeconômicas e maior nível de escolaridade sabem como recorrer a soluções seguras, embora clandestinas. Já em se tratando das gestantes hipossuficientes, e isto é fato, “pobres e negras”, procuram soluções inseguras e acabam por encontrar complicações, sofrimento e dor.

Dessa forma, com base em todo o exposto, podemos afirmar que apesar da suma importância do direito à vida, este não é absoluto, pois quando em conflito com a dignidade da pessoa humana, deverá ser aplicado ao caso concreto a técnica da ponderação, defendida, dentre outros, por Robert Alexy.

A teoria da ponderação é uma atividade extremamente complexa, a qual envolve critérios pouco objetivos de decisão, o que dependerá do perfil ideológico do sujeito que irá realizá-la. É um método representado pela aplicação da proporcionalidade, pois, para se chegar nela, é imperioso percorrer o caminho da adequação e da necessidade. O papel do operador do direito neste caso é precisamente tentar dissipar o conflito existente através de uma harmoniosa integração de valores contraditórios, e quando não houver a possibilidade de tal harmonia, optar pelo que, no caso concreto, possuir maior valor.

Conforme já dito no desenvolvimento deste trabalho, a ponderação, embora aparentemente seja a melhor técnica de interpretação de conflitos constitucionais e direitos fundamentais, não é o meio de solução mais seguro, uma vez que há uma margem discricionária que permite que o Judiciário atue com liberdade na resolução de cada conflito, o que, e frise-se, conforme demonstrado no capítulo 2 deste artigo, vem ocorrendo ao longo dos anos.

Desta feita, caberia ao legislador, com a liberdade de sua função típica, densificar as normas constitucionais, a fim de tornar mais seguro e previsível o processo decisório.⁶¹

É forçoso dizer que o objetivo deste trabalho não é de forma alguma impor o descrito na legislação penal, tampouco adotar apenas um dos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas sim, fazer entender que este é um problema que necessita ser sanado, visto o estado de desenvolvimento da nossa sociedade.

Assim sendo, temos que na técnica apresentada, inevitavelmente, haverá o descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional, pois uma vez acatado o direito a vida de forma incisiva, anulado estará o direito de liberdade de escolha e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana não se fará presente, o que restará, sem dúvidas, na ausência da plenitude do direito à vida.

Afirmamos, portanto, que é preciso que não só haja a preservação da vida do feto e o seu nascimento, mas, sobretudo, que se tenha o acolhimento do direito a uma existência digna e repleta de possibilidades.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. João Ferreira de. Bíblia Sagrada. Traduzida em português. Revista e Corrigida. Ed. 1995, Barueri, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

AZEVEDO, Marcelo André de, SALIM, Alexandre. **Direito Penal – Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família**. 5ª edição. Ed JusPodivm, 2000.

AZZI, Riolando. **A Cristandade Colonial: um projeto autoritário**. São Paulo: Paulinas, 1987.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROSO, Luís Roberto. **Habeas Corpus 124.306**.

61 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 399

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Franklin, **A Lei Primordial e Outros Ensaios**, Ed. AGE, p 41.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Ciênc.,saúde coletiva. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, junho/2010.

FRANÇA, Genival Veloso de, **Medicina Legal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FRYDMAN, Rene. **O livro das condições das mulheres**.

GILABERTE, Bruno, **Crimes Contra a Pessoa**, Ed. Freitas Bastos, 2013.

GRECO, Rogério, **Código Penal Comentado**, 10ª edição, Niterói, RJ, Impetus, 2016.

HC 0023285-95.2015.8.19.0000, **8ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ, RELATOR: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR**.

HC 0035590-82.2013.8.19.0000 - Relatora Des. Fatima Clemente – 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Julgamento: 20/08/2013

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Pesquisa Nacional de Saúde 2013**.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Ed: São Paulo, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

Lei nº 9.882/99

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 19ª ed, rev., ampl., atual. – São Paulo. Saraiva, 2015.

Letra da música Rua da Passagem, composta por Lenine e Arnaldo Antunes.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018.

MIRABETTE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**, Ed. Atlas, São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 7ª Edição. Ed Revista dos Tribunais, 2009.

PAIVA, J.A. Almeida. **A personalidade civil do homem começa com o nascimento da vida**.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, **Interpretação constitucional e direitos fundamentais** – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

Projeto de lei do Senado n 236, de 2012 - (Novo Código Penal)

RAMPAZZO, Adriane. **A (in)constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo Comparado**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.20, n. 78, janeiro / abril, 2017.

SACCONI, Luiz Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 11ª edição. Ed: Nova Geração. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 13 ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1986.

SOUSA. Heloisa de. **Brasil de fato**. Edição: Paula Adissi.