

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

ANA PAULA MOTTA COSTA

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Gustavo Noronha de Avila; Gabriel Antinolfi Divan. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-688-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em 15 de Novembro realizamos mais uma edição do Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”. Já são cinco anos de presença do GT em todos os eventos do CONPEDI, sempre com expressiva adesão da comunidade acadêmica.

“Crimes contra a Liberdade Religiosa”, de Roberto Baggio Berbicz e Guilherme Ferreira Colpo, discutiram a legitimidade da tutela penal neste particular. Discutiu-se as (im) possibilidades de tutela e conflitos entre liberdade de expressão e a religiosa, em uma análise a partir da dogmática penal e constitucional.

Há poucas publicações brasileiras acerca dos limites éticos das pesquisas criminológicas, tendo em vista esta especificidade, Bruna Lazaretti e Gustavo Noronha de Ávila, tratam do tema em “Ética na Pesquisa Criminológica: um Panorama Brasileiro”. É discutido o estado da arte acerca do tema, bem como a normatização pátria e a comparada.

A partir do paradigma da seletividade penal, característica das mais importantes da criminologia crítica, Eduardo Tedesco Castamann e Gabriel Divan, analisam os limites do discurso abolicionista em uma perspectiva centrada nos crimes que nem sempre são objetos de apuração pelo sistema penal.

Em pesquisa empírica, realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Gabriela Favretto Guimarães e Ana Paula Motta Costa, discutem o conflito entre a Pichação e o sistema penal. São trazidos não apenas argumentos dogmático-penais, como também a partir da filosofia da arte, apontando os limites (ou falta deles) para os processos de criminalização.

Maria Tereza Soares Lopes, em “A Descriminalização do Aborto no Brasil: breve análise do HC 124.306/RJ e de sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.”, trava discussão acerca de importante caso concreto que traz a possibilidade de uma quarta hipótese de afastamento da lei penal para caso de aborto: aquele feito até o 3º mês de gestação. A hipótese discutida é a da legitimidade constitucional para a hipótese, pois os tratados de direitos humanos possuem caráter supralegal, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, que contraria a hipótese vencedora no referido julgado.

No texto “A Expansão do Direito Penal Tradicional frente os Novos Paradigmas da Sociedade de Risco”, Camila Morás da Silva e Daniela Favaretto Mattos, analisam os impactos político-criminais das complexidades sociais contemporâneas. Defendem, neste sentido, a visão de Silva-Sánchez quanto à importância do direito penal consciente de suas possibilidades.

Mauri Quiterio Rodrigues debate a ideia de como a intolerância funciona como combustível do combate à criminalidade. Trabalha, em específico, com quem possui mais risco das pessoas serem confundidas com criminosos e qual é o custo social da chamada busca pela segurança.

Flávia Vianna e Maisa Lopes enfrentam o tema da aplicação do princípio da insignificância ao policial militar, quando cometer o delito do art. 28 da Lei Drogas. Concluem, de acordo com critérios castrenses, que não seriam possível.

“A Norma que Pune: Direito, Castigo e a Causa Negra no Brasil”, de Fábio dos Santos Gonçalves e Bruno Rotta Almeida, analisam as criminalizações dos negros em nosso país. Partem de uma contextualização histórico-política e seus impactos na região Sul do Rio Grande do Sul. Demonstram como as alterações legislativas não significaram o abrandamento da histórica criminalizações dos negros.

Os rumos da política criminal cautelar brasileira, cujo dispositivo mais consagrado é a prisão preventiva, são discutidos no texto “A Ordem Pública como Fundamento da Prisão Preventiva: apontamentos sobre a Reforma do CPP no Brasil” de Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves e Flávia Ávila Penido. É destacado que o “fundamento” da ordem pública segue sendo previsto na redação atual do chamado “novo CPP”, com a devida crítica à esta permanência.

A discussão acerca da teoria da associação diferencial, em Sutherland, e sua aplicação no Brasil é trazida por Letícia Silva da Costa e Janaína Thais Daniel Varalli. Desde a discussão do Primeiro Comando da Capital e os impactos destes na violência urbana, as autoras trazem a referida teoria como possibilidade de explicação das interações daquele grupo.

Nem sempre o debate político-criminal brasileiro está assentado em hipóteses de realidade. Esta é a questão trazida por José Wilson Ferreira Lima, em “Análise de Critérios para a

Elaboração da Política Criminal pelo Parlamento Brasileiro”, demonstrando a inadequação dos Projetos de Lei Substitutivos n. 149/2015 e n. 279/2018 com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A partir do documentário “Cortina de Fumaça”, Sara Alacoque Guerra e Paulo Thiago Fernandes Dias, discutem o proibicionismo de drogas. Destacam como o discurso de guerra às drogas reforça a seletividade estrutural de nosso sistema, desde um diálogo com o referencial da criminologia crítica.

Dentro de uma apreciação constitucional, Tainá Fernanda Pedrini e Pollyanna Maria da Silva, discutem o complexo tema da prática por indígenas de homicídios culturalmente motivados. Em acordo com suas premissas teóricas, realizam a crítica da possibilidade do homicídio, utilizando o espectro dos direitos humanos.

Na sequência, temos o texto “Da Atipicidade das Condutas dos Crimes de Resistência, Desacato e Desobediência: uma análise fundamentada na criminologia crítica e no garantismo penal”, de Bárbara Amelize Costa e Pablo Alves de Oliveira. Os autores discutem as (im)possibilidades de criminalização de condutas que poderiam diferenciar demasiadamente Estado e indivíduo.

Um balanço dos três anos de vigência da qualificadora referente ao feminicídio, é proposto por Valdir Florisbal Jung. Mesmo depois da nova hipótese de criminalização, a pesquisa constatou o aumento no número de feminicídios e discute, a partir disto, encaminhamentos para a sua efetividade.

A partir dos pressupostos da teoria (criminológica) crítica de Richard Jackson, Caroline Bussoloto Brum analisa a (in)existência do narcoterrorismo no Brasil. Analisa o PCC como possível exemplo narcoterrorista, chegando a conclusão de que não seria o caso, pois o grupo não tem como objetivo a alteração do sistema político-econômico.

Bruna Vidal Rocha e Dani Rudnicki discutem a questão do patriarcado no contexto do sistema de justiça criminal. Desde um caso concreto, problematizam também questões raciais e estrutural-econômicas aplicadas ao exemplo discutido.

As inseguranças do presente são discutidas em “Segurança Humana: da origem à obrigatoriedade de ações de proteção por parte do Estado”. Defendendo uma análise interdisciplinar do fenômeno da violência, os autores constataam a centralidade da segurança pública na ciência criminal.

“Tutela Jurídica do Idoso em Contexto Prisional”, de Warley Freitas de Lima e Randal Magani, traz a discussão acerca de uma população, no contexto carcerário, duplamente vulnerável: o idoso. O tema não é frequentemente tratado, sendo que o texto demonstra o crescimento do número de idosos no cárcere brasileiro e a ausência de tratamento adequado desse grupo.

Temos, assim, um corpo heterogêneo de importantes trabalhos que contribuem decisivamente à criminologia brasileira.

Desejamos a todos/as uma excelente leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Avila – UNICESUMAR

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan – UPF

Prof. Dr. Ana Paula Motta Costa - UFRGS / UniRitter

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DO HC 124.306 RJ E DE SUA CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

THE DECRIMINALIZE OF ABORTION IN BRAZIL: A BRIEF ANALYSIS OF HC 124.306 RJ AND ITS CONFORMITY WITH THE LEGAL SYSTEM OF THE COUNTRY.

Maria Tereza Soares Lopes ¹

Resumo

O presente artigo objetiva fomentar a discussão sobre a descriminalização do aborto no Brasil. Para tanto, analisa brevemente o Habeas Corpus 124.306 RJ, que inovou no campo jurídico e descriminalizou o abortamento até o terceiro mês de gestação e, a sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio; trata da legislação penal pertinente ao tema e das hipóteses de descriminalização existentes; e defende a inviolabilidade da vida em formação, decorrente da recepção, pela Constituição de 1988, dos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente do Pacto de São José da Costa Rica.

Palavras-chave: Aborto, Criminalização, Habeas corpus, Tratados internacionais, Supralegalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to foment the discussion about the descriminalization of abortion in Brazil. To do so, briefly analyzes the Habeas Corpus 124,306 RJ, which innovated in the legal field and decriminalized the abortion until the third month of gestation and, its compliance with the legal system of the country; deals with criminal legislation relevant to the topic and existing cases of decriminalization; and defends the inviolability of life in formation, resulting from the reception by the 1988 Constitution of international human rights treaties, notably the Pact of San José, Costa Rica.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Criminalization, Habeas corpus, International treaties, Supralegality

¹ Graduada em direito pela PUC-Minas. Pós-graduada em direito Público, pelo Idde e pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra- POR. Mestranda em direito Público pela PUC-Minas.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo se discute acerca da manutenção/revogação do crime de aborto no Código Penal Brasileiro e, por conseguinte, no ordenamento jurídico pátrio, haja vista a necessidade de conformar o sistema punitivo à realidade econômica, social, ideológica e cultural da população brasileira.

A discussão está em voga no mundo todo dada a sua vital importância, porém, enquanto na maioria dos países latino americanos, impera a proibição ou sensível restrição ao crime de aborto, nos países de primeiro mundo impera a liberdade de escolha da mulher, o que parece refletir um viés preponderantemente econômico.

O fato é que este tema é extremamente polêmico e comporta posicionamentos dos mais variados segmentos das sociedades, notadamente: econômicos, jurídicos e religiosos.

E a par das diversas opiniões classistas, uma dura realidade se descortina, qual seja: o número expressivo de clínicas clandestinas e o uso destas para realização de abortos econômicos.

Assim, num Estado laico e drasticamente marcado pela desigualdade social como o Brasil, descriminalizar o aborto traz contornos que transcendem o confronto entre os direitos conferidos pelo Código Civil ao nascituro e a dignidade da pessoa humana (leia-se aqui tanto da vida em potencial do feto quanto da própria mulher gestante).

Neste cenário exsurge o Habeas Corpus 124.306 do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que, dentre outras medidas, descriminaliza a prática de aborto até o término do primeiro trimestre de gestação, como importantíssimo precedente jurisprudencial.

O referido HC possui emblemático voto vista do Ministro Luís Roberto Barroso, que traz não só elementos jurídicos mas, também, socioeconômicos cruciais para a discussão e resolução da controvérsia.

Assim, com o fito de trazer o tema do aborto, mais uma vez, à lume, discorrer sobre as hipóteses de criminalização deste previstas no ordenamento jurídico brasileiro atual, analisar, ainda que brevemente, o referido habeas corpus e sua respectiva conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, o presente artigo se constrói.

Para tanto, será utilizado método de pesquisa eminentemente bibliográfico, notadamente das normas jurídicas pertinentes ao tema, bem como das principais razões que embasaram o Voto Vista do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306 RJ (BRASIL. STF, 2017).

2 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o crime de aborto está preceituado¹, no Capítulo I do Título I do Código Penal de 1940, correspondente aos crimes contra a vida, especificamente nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128². E, para o legislador penal a interrupção da gravidez é suficiente para configurar o referido crime, independentemente do estágio gestacional.³

Neste sentido, a partir da vigência do atual Código Penal Brasileiro a gestante também passou a ser penalizada, quando pratica o autoaborto ou quando o consente, assim como o terceiro que realiza o aborto com ou sem o consentimento desta⁴.

Na mesma ordem de ideias, o Código Penal Brasileiro prevê duas situações nas quais

¹ No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela. O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela própria gestante. Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, ART. 124 _ a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP. art.125_ o aborto é provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP. art.126 _ o aborto é realizado por terceiro com consentimento da gestante). (CAPEZ, 2011, p. 144).

² Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada. 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.

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, 1940).

³ Vale assinalar que para fins de direito penal, somente interessam as figuras do aborto legal e criminoso, porquanto no aborto natural, a interrupção da gestação é espontânea, ou seja, decorre de um processo fisiológico. Por outro lado, o aborto acidental apresenta-se como consequência de um acidente (v.g. queda de cavalo), de forma que ausente condição para provocar a tutela penal. (TESSARO, 2006, p. 47).

⁴ Para que se possa identificar, com precisão, o sujeito ativo e o sujeito passivo do aborto, faz-se mister uma análise individualizada dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

O art. 124 fez a previsão do aborto provocado pela gestante (autoaborto) ou o aborto provocado com seu consentimento. No autoaborto, por ser um crime de mão própria, temos somente a gestante como sujeito ativo do crime, sendo o óvulo fecundado, embrião ou feto, ou seja, o produto da concepção, protegido em suas várias etapas de desenvolvimento.

Já no art.125, que prevê o delito de aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, tem-se entendido que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dessa modalidade de aborto, uma vez que o tipo penal não exige nenhuma qualidade especial, sendo o sujeito passivo, de forma precípua, o produto da concepção e, de maneira secundária, a própria gestante, Conforme preconiza Cezar Roberto Bitencourt, “nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante”.

A última modalidade diz respeito ao aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante. Aqui também qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do crime. Quanto ao sujeito passivo entendemos que somente o fruto da concepção (óvulo fecundado, embrião ou feto) é que poderá gozar desse status, pois que se a gestante permitir que com ela sejam praticadas as manobras abortivas, as lesões de natureza leve porventura sofridas não a conduzirão a também assumir o status de sujeito passivo, dado o seu consentimento. Contudo, sendo graves as lesões ou ocorrendo a morte da gestante, esta também figurará como sujeito passivo, mesmo que secundariamente, haja vista a inviabilidade de seu consentimento, em decorrência da gravidade dos resultados. (GRECO, 2015, p. 238).

o aborto é legal⁵, ou seja, não é considerado crime. À uma, o aborto necessário, quando há risco de vida para a mulher e o aborto torna-se o único meio para salvar a vida da gestante. À duas, em caso de estupro, e a gravidez resulta da prática deste crime.⁶

Além dessas situações, há no ordenamento jurídico pátrio uma terceira situação em que o aborto foi descriminalizado, qual seja: fetos anencéfalos⁷. Trata-se de posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF de nº 54, votada em 2012 (BRASIL. STF, 2013), em que os ministros, por maioria, consideraram a possibilidade de “antecipar o parto” nos casos de fetos com essa malformação rara e gravíssima do tubo neural, leia-se anencéfalos⁸, dada a patente inviabilidade da vida extrauterina.⁹

Entretanto, a partir da publicação do HC 124.306 RJ¹⁰, uma nova situação de descriminalização do aborto exsurge no cenário jurídico brasileiro, qual seja: o aborto até o terceiro mês de gravidez. O emblemático voto vista do ministro Luís Roberto Barroso inova no ordenamento jurídico pátrio ao ponderar a relevância da vida intrauterina até a décima segunda semana de gestação e os direitos fundamentais das mulheres.

⁵ O artigo 128 do Código Penal prevê duas modalidades de aborto legal, ou seja, o aborto que pode ser realizado em virtude de autorização da lei penal: a) aborto terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo); e b) aborto sentimental, humanitário ou ético. (GRECO, 2015, p. 245).

⁶ Não se acham abrangidos pela exceção da criminalização, o aborto praticado para impedir o estado de hipossuficiência da gestante (aborto social ou econômico) e o aborto realizado em virtude de gravidez extraconjugal (aborto honoris causa). (CARVALHO, 2009, p. 740).

⁷ No caso da ADPF nº 54 se discutiu a possibilidade da permissão de aborto de feto anencéfalo. Tal discussão vem demonstrar a falência do argumento biológico como concepção de vida, pois, mais que apenas vivo biologicamente, adjetiva-se esta vida como uma vida digna. O argumento central é que há uma ofensa à dignidade da pessoa humana tanto para o feto, quanto para a mãe: uma tortura súbita ao feto e uma tortura psicológica para a mulher.

Nesses termos, o STF, em abril de 2012, julgou definitivamente a questão. Assim sendo, o Plenário do STF, por maioria (a minoria vencida foi composta apenas pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito), julgou procedente pedido formulado na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde- CNTS, a fim de declarar a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal”. Prevaleceu o voto do Ministro Relator Marco Aurélio. (FERNANDES, 2015, p. 362).

⁸ Anencefalia é a malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. (MASSON, 2013, p. 86).

⁹ Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita. (BRASIL. STF, 2017, p. 12).

¹⁰ Convém destacar que o Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2016, ao revogar a prisão preventiva de indivíduos que respondem pelo crime de aborto (HC n. 124.306), sinaliza para o entendimento segundo o qual o aborto, se realizado até o terceiro mês de gestação, não deve ser considerado crime. Destaca-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, segundo o qual os tipos penais em questão devem ter sua constitucionalidade questionada e debatida, uma vez que, não obstante a evidente relevância da vida intrauterina, a criminalização do aborto, antes de encerrado o terceiro mês de gestação, viola direitos fundamentais das mulheres, tais como a autonomia, integridade física e psíquica, direitos reprodutivos e sexuais. (PRADO, 2017, p. 88-89).

Assim, como veremos no tópico a seguir, conhecer essa decisão é de suma importância ao estudo do tema e, apesar dela produzir efeitos *inter partes*, não deixa de ser um relevante precedente jurisprudencial que, por conseguinte, influenciará nos casos análogos.

3 O HC 124.306 RJ

No HC 124.306 RJ (BRASIL. STF, 2017), a primeira Turma do STF votou, por maioria, para descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gravidez. Além disso, os ministros decidiram por desconstituir a prisão preventiva dos réus, de ofício, por ausência de requisitos legitimadores da prisão cautelar e por entender que a interpretação dos artigos 124 a 126 do Código Penal estaria conforme à Constituição no caso em análise.

Para os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Edson Fachin, a criminalização da interrupção da gravidez até o terceiro mês viola os direitos fundamentais da mulher.

Os ministros Marco Aurélio, relator original do caso, e Luiz Fux também votaram pela revogação da prisão preventiva, mas não se manifestaram sobre a possibilidade de descriminalização do aborto.

Em linhas gerais, a controvérsia apreciada pelo STF versava sobre a manutenção de clínica de aborto, por duas pessoas, que foram presas em flagrante, na data de 14 de março de 2013, devido à suposta prática dos crimes de aborto e formação de quadrilha.

Posteriormente à prisão, o juízo de primeiro grau concedeu a liberdade provisória aos indivíduos. No entanto, a Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes. Os respectivos desembargadores fundamentaram o voto com base na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Na sequência, a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese. Deste modo, foi impetrado *habeas corpus* ao STF, sob a alegação de que não estavam presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva.

Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso requereu vista do processo e em seu voto analisou a constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, uma vez que a existência de crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva.

Dessa forma, primeiramente, o Ministro Barroso defendeu que a manutenção da

criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação viola os seguintes direitos fundamentais das mulheres: a autonomia, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero e a discriminação social a que está sujeita.

Acerca da violação dos direitos fundamentais das mulheres supralistados, destacam-se, em ordem sucessiva, os seguintes excertos do Voto Vista:

1.1- Violação à autonomia da mulher [...] A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida [...] um aspecto central de sua autonomia [da mulher] é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não a gravidez. [...]

1.2- Violação do direito à integridade física e psíquica [...] a integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. [...]

1.3- Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher [...] direito de toda mulher de decidir se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência [...] O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. [...]

1.4- Violação à igualdade de gênero [...] Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não.

1.5- Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres [...] as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema único 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. [...] (BRASIL. STF, 2017, p. 9-11).

Convém destacar que o referido Ministro, acerca do status jurídico do embrião durante a fase inicial da gestação, adota a Teoria segundo a qual “antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência - o que geralmente se dá após o terceiro mês de gestação - não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.” (BRASIL. STF, 2017, p. 8). Ou seja, Luís Roberto Barroso advoga pela inviabilidade da vida intrauterina até a décima segunda semana de gestação.

Por conseguinte, em segundo plano o Ministro Barroso analisou a violação ao

princípio da proporcionalidade no caso *sub judice* e sustentou a necessidade de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais e da proibição do excesso e da insuficiência.

Para tanto, valeu-se dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, enfatizando, respectivamente, que:

2.1- *Subprincípio da adequação* [...] é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. [...] a criminalização não produz impactos relevantes sobre o número de abortos. [...] a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros. [...]

2.2- *Subprincípio da necessidade* [...] há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas (*sic*) aos direitos da mulher. [...]

2.3- *Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito* [...] “O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais [...] muito superiores aos benefícios da criminalização. (BRASIL. STF, 2017, p. 12-16).

Frisa-se por oportuno que o Ministro em comento não defende a disseminação indiscriminada do aborto, mas a sua efetivação em casos raros (BRASIL. STF, 2017, p. 6) e em bases efetivamente seguras.

Insta salientar que o Ministro Barroso destaca que “praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime” (BRASIL. STF, 2017, p. 2).

O referido ministro aduz também que a criminalização do aborto não obsta a interrupção da gestação, posto que os países que criminalizam tal prática são os que mais o fazem e, o que é pior, o realizam de forma precária, na clandestinidade e sem contar com o aparato do sistema de saúde pública, o que ocasiona morte de muitas gestantes, que, em sua maioria, são pobres. (BRASIL. STF, 2017, p. 14).

E, também de acordo com o ministro Barroso, a implementação de uma política pública alternativa à criminalização como a desenvolvida com sucesso em países de primeiro mundo é a descriminalização do aborto em seu primeiro trimestre, desde que a gestante cumpra requisitos que a possibilitem tomar uma decisão refletida. Cita-se o exemplo da Alemanha, em que as grávidas que pretendem abortar são submetidas a consultas de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. (BRASIL. STF, 2017, p. 15)

Importante asseverar que o Ministro Barroso, na parte final de seu voto, aduz que o Código Penal Brasileiro data de 1940, sendo, portanto anterior à Constituição de 1988 (BRASIL. STF, 2017, p. 17). Diante disso, não se poderia alegar a inconstitucionalidade do

aborto até o terceiro mês de gestação, mas apenas a não recepção do tipo penal pela Constituição Cidadã. Consequentemente, ocorreria a não incidência do tipo penal imputado aos pacientes do caso em apreço, bem como haveria dúvida fundada sobre a própria existência do crime, que afastaria o pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva.

No entanto, conforme será exposto no tópico seguinte, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação precisa estar conforme com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, havendo, assim, necessidade de aferir sua compatibilidade com as normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais.

Por fim destaca-se que a decisão no HC 124.306 RJ não é vinculante, mas abre precedente na turma do STF e pode ser seguida por outras instâncias de justiça em muitos outros casos análogos.

4 A INVIOABILIDADE DA VIDA EM FORMAÇÃO

O caput do artigo 5º da Constituição Cidadã de 1988 consagra a inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, o texto constitucional não faz menção expressa ao momento que se inicia essa proteção, o que torna necessário avaliar outras regras do ordenamento jurídico pátrio para assegurar a inviolabilidade da vida em formação.¹¹

Neste sentido, a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004 incluiu os parágrafos 2º¹² e 3º ao artigo quinto da Constituição Federal de 1988, de modo que os tratados internacionais de direitos humanos foram recepcionados em nosso ordenamento jurídico pátrio com eficácia de norma constitucional, senão vejamos:

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:
[...]

¹¹ Em que pese não haver na Constituição menção ao momento em que se inicia sua proteção, em razão de se tratar de vida humana, e assim, um projeto de pessoa, merece o nascituro a proteção constitucional, porém não com o mesmo grau conferido à pessoa. Neste particular, Canotilho e Moreira afirmam que “enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa.” (CANOTILHO; MOREIRA apud TESSARO, 2006, p.37).

¹² Antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, escrevíamos sobre o tema que, admitindo-se que a incorporação ocorra em nível de legislação ordinária, os tratados de direitos humanos não podem contrapor-se à Constituição, nem derogam, por serem normas gerais, a legislação interna infraconstitucional. Sem embargo dos que adotam a teoria dualista para explicar as relações do direito externo com o interno, não se pode desconhecer que os tratados de direitos humanos não apenas se incorporam automaticamente na ordem jurídica interna brasileira, por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição, como também aqui passam a valer com o status hierárquico de norma constitucional, e não de norma ordinária. (CARVALHO, 2009, p. 697).

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Neste sentido, como bem defende o jurista Bernardo Gonçalves Fernandes (2015), no excerto abaixo, no ordenamento jurídico brasileiro atual existem três situações sobre os tratados internacionais de direitos humanos: aqueles que foram recepcionados como norma constitucional e aqueles que possuem o status de norma supralegal.

A tese vencedora no STF propugnada pelo Ministro Gilmar Mendes foi a de que esses TIDH que não passaram pelo procedimento do art.5, §3º da CR/88 não poderiam adentrar como leis ordinárias por serem de direitos humanos (o que não mais caberia frente a nova assertiva trazida pela EC nº 45/04), mas também não seriam normas constitucionais por não terem sido aprovados nos mesmos moldes das Emendas Constitucionais. Segundo o Ministro, eles deveriam adentrar no ordenamento pátrio como normas supralegais, ou seja, um meio termo (posição intermediária) entre as normas Constitucionais e as leis ordinárias. Nesse sentido, estariam acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais. Portanto, passamos agora, em virtude desse posicionamento, assente de forma majoritária no STF a ter 3 hipóteses sobre recepção de Tratados Internacionais em nosso ordenamento: a) TIDH (conforme o art. 5 §3º da CR-88): Norma constitucional; b) TIDH (não conforme o art. 5 §3º da CR-88): Norma supralegal; c) TI que não é de DH: Norma ordinária (lei ordinária) (FERNANDES, 2015, p. 470).

Dessa forma, os tratados internacionais de direito humanos, que atendem ao disposto na regra inserta no art.5, §3º da CR/88, foram equiparados às normas Constitucionais e, possuem supremacia¹³ sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, tanto em sentido formal quanto material, de modo que deve sempre haver compatibilidade vertical entre aqueles e estas.

No tocante aos tratados internacionais de direitos humanos não conformes à regra do art. 5, §3º da CR/88, foram recepcionados como normas supralegais e situam-se entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, ocupando, assim, lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ A supremacia da constituição pode ser referida em sentido material ou formal. Por estabelecerem os direitos e garantias fundamentais, a estrutura do Estado e a organização dos poderes, afirma-se que as constituições possuem uma supremacia de conteúdo em relação às leis. A supremacia material seria, portanto, corolário do objeto clássico de todas as constituições por trazerem em si os fundamentos do Estado de Direito. Com as revoluções liberais, responsáveis por introduzir o modelo moderno de constituição (escrita, formal e dotada de rigidez), surge a ideia de supremacia formal como atributo exclusivo das constituições rígidas. No plano dogmático, esta se traduz na superioridade hierárquica de suas normas em relação a todas as demais espécies normativas, as quais só serão válidas quando produzidas em consonância com a forma e/ou o conteúdo constitucionalmente determinados. A supremacia da constituição impõe a compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, fiscalizado por órgãos encarregados de impedir a criação ou manutenção de atos normativos em desacordo com o seu fundamento de validade. (NOVELINO, 2015, p. 187).

Em sentido complementar ao raciocínio supratranscrito, o artigo 4º¹⁴ da CR-88 enumera os princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, dentre os quais se destacam o princípio da prevalência dos direitos humanos, que preceitua o dever de prevalência às normas consagradoras desses direitos, nos termos como postos pelo jurista Marcelo Novelino:

O princípio da prevalência dos direitos humanos impõe ao Estado brasileiro deveres no âmbito interno e externo. **Internamente, impõe não apenas a plena integração dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio, mas também a devida observância das normas consagradoras desses direitos. No plano internacional, exige engajamento no processo de elaboração de normas protetivas dos direitos humanos, bem como o dever de adotar posições políticas e jurídicas contrárias aos Estados que não os respeitam.** (PIOVESAN apud NOVELINO, 2015, p. 302, grifo nosso).

Nesse viés, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada pelos Estados Americanos na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.¹⁵

Por conseguinte, de acordo com o entendimento supra, no ordenamento jurídico pátrio o Pacto de São José da Costa Rica tem status de norma supralegal, que, por sua vez, situa-se acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais, uma vez que não está em conformidade com a regra inserta no art.5, §3º da CR/88 mas, está sujeito à observância do princípio da prevalência dos direitos humanos e, portanto, todas as suas normas devem ser efetivamente aplicadas no território brasileiro.

Assim, como o presente artigo discorre sobre o HC 124.306 RJ, que por sua vez descriminalizou, no caso *sub judice*, o aborto até o terceiro mês de gestação, imprescindível destacar o artigo 4º do referido Pacto de São José da Costa Rica, que assim dispõe sobre o direito à vida¹⁶:

Artigo 4. Direito à vida

¹⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹⁵ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁶ Nossa Constituição Federal, no extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos, enunciado no art. 5º, insere em primeiro lugar o direito à vida (art. 5º, caput). (ESTEFAM, 2012, p. 80).

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

Neste sentido, o artigo supracitado fixa como marco inaugural do direito à vida o momento da concepção, diferentemente do entendimento esposado pelo ministro Luis Roberto Barroso no HC 124.306 RJ¹⁷.

Assim, ainda que não exista no Brasil uma norma constitucional que estabeleça o início do direito à vida, o artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado no ordenamento jurídico pátrio como norma de caráter supralegal, o define como o momento da concepção.

Noutros termos, há no ordenamento jurídico brasileiro norma de caráter supralegal que assegura a inviolabilidade da vida em formação e, por conseguinte, que protege o feto desde o momento da concepção.

Ademais, a legislação infraconstitucional brasileira, notadamente a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, leia-se Código Civil, em seu artigo 2º¹⁸, apesar de atestar que a personalidade civil começa do nascimento com vida, preserva os direitos do nascituro¹⁹, o que corrobora com a supracitada norma do Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse ínterim, convém destacar que há no Direito Civil brasileiro três correntes que divergem quanto ao momento do início da vida e da personalidade humana, a saber: À uma, a corrente natalista que só concede personalidade ao nascituro com o nascimento com vida. À duas, a corrente concepcionista que considera o nascituro pessoa desde a concepção. À três, a corrente condicional que considera que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida mas os direitos do nascituros estão sujeitos a condição ou termo, qual seja: o nascimento. (RIBEIRO, 2016, p. 2).

A corrente concepcionista²⁰ parece-nos mais condizente com a dignidade do feto. Porém, todas as três correntes assinalam a relevância da vida intrauterina no ordenamento jurídico brasileiro, que, por sua vez, é um bem jurídico a ser protegido.

Em face de todas as considerações elencadas acima, é incontestável o caráter

¹⁷ Vide nota de rodapé número 7.

¹⁸ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁹ A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro já tem um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, entre nós, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção. (VENOSA, 2003, p. 161).

²⁰ Os adeptos desta teoria acreditam que a vida humana é um processo instantâneo, a qual se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem a uma realidade genética autônoma e diversa, qual seja, o zigoto. (TESSARO, 2006, p.16).

supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos que foram recepcionados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, como a Declaração Americana de Direitos Humanos, ratificada no Brasil em 1992.

O referido entendimento, que situou essas normas entre as leis ordinárias e a Constituição, aliado ao princípio da prevalência dos direitos humanos, não pode ser descuidado pelos tribunais pátrios, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal na análise de casos, como o do HC 124.306 RJ (BRASIL. STF, 2017), que tratam da descriminalização do aborto no Brasil, independentemente do estágio gestacional.

5 CONCLUSÃO

É incontestável a contribuição trazida pelo HC 124.306 RJ (BRASIL. STF, 2017), que descriminalizou o aborto até o terceiro mês de gestação, à discussão sobre a manutenção deste crime contra a vida no Código Penal Brasileiro e no ordenamento jurídico pátrio, bem como sobre a própria inviolabilidade da vida em formação e os direitos das mulheres gestantes.

Ainda que essa decisão tenha produzido efeitos, apenas, *inter partes*, ela figura como importantíssimo precedente jurisprudencial a ser utilizado nos tribunais pátrios em casos análogos.

Isto porque, o voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso trouxe novos contornos à controvérsia do aborto, como a situação socioeconômica das mulheres que usualmente praticam ou consentem com o abortamento e da clandestinidade das clínicas de aborto.

Neste sentido, muito mais do que contrapor o direito à potencial vida do feto e os direitos fundamentais da mulher e asseverar as garantias mínimas de dignidade desta, especialmente a autonomia, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero, o referido *Habeas Corpus* propõe uma análise interdisciplinar de cada caso *sub judice*, de modo que o aborto ocorra em hipóteses remotas e altamente seguras.

Entretanto, apesar do Ministro Barroso aduzir que o Código Penal Brasileiro, datado de 1940, é anterior à Constituição de 1988, e, portanto, que não se poderia alegar a inconstitucionalidade do aborto até o terceiro mês de gestação, mas apenas a não recepção do tipo penal pela Constituição Cidadã, ele olvidou-se da eficácia constitucional conferida aos tratados internacionais pela Constituição Brasileira de 1988.

Neste sentido, é forçoso reconhecer que tal HC não observa a disposição contida no artigo 4º, 1 do Pacto são Jose da Costa Rica, que trata do direito à vida desde a concepção, e

possui eficácia de norma supralegal no Brasil.

Assim, apesar do referido HC apresentar-se conforme à Constituição Federal de 1988, ou ainda que se considerasse a não recepção do crime de aborto pela Constituição Cidadã, ele desrespeita o tratamento conferido pelo próprio sistema jurídico brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de acordo com a norma inserta no art. 5, §3º da CR/88 pela EC 45/2004.

Por conseguinte, o referido HC não observa a legislação infraconstitucional brasileira, notadamente a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, leia-se Código Civil, que em seu artigo 2º preserva os direitos do nascituro e está em consonância com a norma preceituada no artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica.

Em que pese todo o raciocínio jurídico aqui desenvolvido, outros argumentos devem ser analisados para deliberar sobre a revogação ou manutenção do crime de aborto do Código Penal Brasileiro e, conseqüentemente, do ordenamento pátrio, como a própria liberdade da mulher para exercer o seu direito sexual e reprodutivo, bem como a sua autonomia.

Não se pode descurar também que é preciso desenvolver políticas de saúde públicas tanto de planejamento familiar, para conscientizar todos os membros da família sobre a importância dos métodos anticoncepcionais, quanto de apoio às gestantes, principalmente às carentes, para assegurar tratamento médico e psicológico capaz de instruí-las sobre todo o procedimento do aborto e alertá-las das nefastas conseqüências que podem advir em virtude dele. Isto porque a falta de informação e de aparato governamental aumenta demasiadamente o número de abortos no Brasil atual.

E, como não poderia deixar de ser, ainda que hajam muitas concepções culturais, morais e religiosas sobre a descriminalização do aborto, estas, sem sombra de dúvidas, só devem ser ponderadas por cada mulher em seu específico caso, sob pena de aumentar cada vez mais a celeuma que subjaz sobre a inviolabilidade da vida em formação e, continuar postergando a sua resolução em moldes efetivos e condizentes com os anseios e necessidades da sociedade plural brasileira do século XXI.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. Os direitos e deveres fundamentais e a descriminalização do aborto: uma breve análise da ADPF 442 e da ADI 5.581. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, Ano 22, n. 5076, 25 maio 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57767>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

AMBROS, Mauro Cabrera; RECCHIA, Anderson; RECCHIA, Jeferson Ambros. Aspectos éticos e jurídicos do aborto. **Saúde (Santa Maria)**, v. 34a, n. 1-2, p. 12-15, jan. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistasauade/article/view/6490/3943>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial : dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 jul. 2017.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 de 2013 DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 124.306 RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 dez. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 dez. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos: (arts. 121 a 212). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Thiago. STF errou no julgamento do HC 124.306 RJ (aborto até o 3º mês), pois foi incongruente ao ordenamento jurídico como unidade. **Jusbrasil**, Teresina, 12 dez. 2016. Disponível em: <<https://thiagocarvalho93.jusbrasil.com.br/artigos/411590489/stf-errou-no-julgamento-do-hc-124306-rj-aborto-ate-o-3-mes-fois-foi-incongruente-ao-ordenamento-juridico-como-unidade>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

FRANCO, Cláudia. A possibilidade jurídica do aborto . **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 10, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2730>. Acesso em: 12 jul. 2017.

GOMES, Jardel Souza. O crime de aborto praticado por terceiros e sua responsabilização penal. **DireitoNet**, Sorocaba, 21 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7924/O-crime-de-aborto-praticado-por-terceiros-e-sua-responsabilizacao-penal>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial: artigos 121 a 154 - B do Código Penal. 12. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2015. v. 2.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

LUIZ, André. Aborto e Infanticídio. **Jusbrasil**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://andrelbatista.jusbrasil.com.br/artigos/186912053/aborto-e-infanticidio>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013. v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

OLIVEIRA, Rivanda Carvalho. **Aborto de feto anencéfalo**: inexigibilidade de conduta diversa diante da incolumidade física da gestante. 2010. 25p. Artigo (Conclusão especialização) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/ri_vandaoliveira.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

PRADO, Eduardo Homem Paes do. Aborto: conceito e fatores que impulsionam a descriminalização. **DireitoNet**, Sorocaba, 7 set. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8637/Aborto-conceito-e-fatores-que-impulsionam-a-descriminalizacao>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 15. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

RIBEIRO, Matheus. Considerações gerais sobre o aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://matheusribeirooliveira.jusbrasil.com.br/artigos/316456247/consideracoes-gerais-sobre-o-aborto-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> . Acesso em: 20 de jul. 2018.

TESSARO, Anelise. Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais. 2006. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4962>>. Acesso em: 2 de set. 2018

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.