II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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 - UNIVEM – São Paulo
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 – Goías
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

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-221-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, repetindo o sucesso do primeiro evento realizado pelo CONPEDI em ambiente eletrônico, reuniu pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos, com a segurança e a responsabilidade exigidas pelo contexto delineado pela pandemia da Covid-19.

Aqui, temos a honra de apresentar os artigos oriundos de pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição I", na tarde do dia 7 de dezembro de 2020.

No trabalho intitulado "A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI", Marcelo de Almeida Nogueira, Jackeson dos Santos Lacerda e Luiza Moreira Cordeiro Tavares analisam como os casos julgados no âmbito do Tribunal do Júri são constantemente explorados pela mídia e como esta prática jornalística possibilita a emissão de opiniões e conceitos prévios que podem influenciar na formação da opinião pública.

Lara Castelo Branco Monteiro Benevides, no trabalho intitulado "A PARCIALIDADE DO POLICIAL MILITAR COMO TESTEMUNHA NO MEIO PROBATÓRIO: UMA LEITURA CRIMINOLÓGICA NECESSÁRIA AO PROCESSO", investiga o testemunho do policial militar como meio de prova, analisando sua inoportunidade pelas lições criminológicas aplicadas ao processo penal.

O trabalho de autoria de Fábio André Guaragni e Douglas Rodrigues da Silva, sob o título "AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O APROVEITAMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL", aborda a (i)licitude da prova oriunda de apreensão e monitoramento de equipamentos e meios eletrônicos disponibilizados pela empresa aos empregados, no curso de investigações internas decorrentes de programas de compliance, apontando alguns limites de aproveitamento da prova.

Já o trabalho "COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO", da lavra de Enrique Omar Rocha Silva Rocha e Marcelo Nunes Apolinário,

analisa, a partir da garantia fundamental do direito à vida, a (in)constitucionalidade da descriminalização do aborto e, consequentemente, interrupção da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento na liberdade individual e autonomia da vontade da gestante para decidir livremente sobre a maternidade, tendo como paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 124.306 do Estado do Rio de Janeiro.

Em "EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS", Rafael Fecury Nogueira e Willibald Quintanilha Bibas Netto debruçam-se sobre a evolução histórica verificada no Brasil sobre as leis de abuso de autoridade. A pesquisa busca avaliar se a disciplina brasileira do abuso de autoridade tem evoluído ou não na proteção contra tal prática.

Airto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva apresentam um estudo teórico-empírico da prisão preventiva como garantia da ordem pública nas cinco Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir da análise de 605 acórdãos julgados entre 2019 e 2020, nos quais se decretou ou se manteve a medida, análise que permitiu aos autores concluir que as prisões são animadas por critérios extralegais, tais como o merecimento, a suposta periculosidade do sujeito ou para credibilidade da justiça. O texto recebeu o título "GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA".

O trabalho "GARANTISMO E A REGULAÇÃO DOS PODERES: ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO", de Melina de Albuquerque Wilasco, revisita conceitos cunhados pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli a fim de verificar como o constitucionalismo garantista pode colaborar com o debate acerca da crise do sistema carcerário.

Em "LIMITES À CENSURA MORAL E UMA DEFESA DA CULPABILIDADE PELO FATO COMO GUIA AO JULGADOR NA DOSIMETRIA DA PENA", Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque analisam a incompatibilidade de valorações de natureza subjetiva, amparadas em padrões idealizados de comportamento, com princípios constitucionais, buscando contribuir para o aperfeiçoamento do processo de definição da pena.

Sob o título "O ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REVOGAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIAS NAS ADCS 43, 44 E 54, A VONTADE DO POVO OU DA VONTADE DO JUIZ", Wesley Andrade Soares investiga

em que medida há ativismo judicial e/ou mutação constitucional que intente pela prisão em segunda instância, perquirindo sobre uma possível sobreposição entre ativismo judicial e mutação constitucional que seria responsável por impulsionar a legalidade de uma execução antecipada da pena.

Por fim, no texto intitulado "O BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO", Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves analisam a aplicação jurídico-penal do tráfico privilegiado sobre fatos pregressos à Lei n.º 11.343/06, mormente aos casos regidos pela Lei n.º 6.346/76. Os autores investigam a possibilidade da conjugação de leis no tempo, isto é, lei revogada, naquilo que é mais benéfica, com as benesses da norma de regência, mostrando finalmente o atual entendimento das Cortes acerca da combinação de leis.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, são os votos dos organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO

FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION: THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO LIFE AND THE DESCRIMINALIZATION OF ABORTION IN THE FIRST QUARTER OF PREGNANCY

Enrique Omar Rocha Silva Rocha [1]
Marcelo Nunes Apolinário [2]

Resumo

Propõe-se, com o presente artigo, analisar, a partir da garantia fundamental do direito à vida, a (in) constitucionalidade da descriminalização do aborto e, consequentemente, interrupção da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento na liberdade individual e autonomia da vontade da gestante para decidir livremente sobre a maternidade, tendo como paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 124.306 do Estado do Rio de Janeiro. Para a elaboração da investigação utilizou-se o método dedutivo alicerçado na revisão bibliográfica-documental.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Colisão entre princípios, Liberdade individual, Direito à vida, Descriminalização do aborto

Abstract/Resumen/Résumé

It is proposed, with this article, to analyze, from the fundamental guarantee of the right to life, the (in) constitutionality of the decriminalization of abortion and, consequently, termination of pregnancy, as a true contraceptive method, in the first three months of pregnancy, based on the individual freedom and autonomy of the pregnant woman's will to decide freely on motherhood, having as a paradigm the decision of the Supreme Federal Court issued at the judgment of Habeas Corpus n. 124,306. For the elaboration of the investigation, the deductive method based on the bibliographic-documental review was used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Collision between principles, Individual freedom, Right to life, Decriminalization of abortion

---

[1] Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Anhaguera Pelotas/RS. Mestrando em Direitos Sociais pela UFPEL e Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

[2] Professor da Faculdade de Direito da UFPEL (Graduação e Mestrado). Doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, enfrenta-se, do ponto de vista normativo constitucional, a possibilidade de descriminalização do aborto, com fundamento exclusivamente no direito de liberdade individual e autonomia da gestante. Não obstante exaustivamente debatido, o tema autoriza a presente revisão, desta feita de cunho iminentemente constitucional, especificamente através do exame da colisão entre direitos fundamentais, quais sejam do direito à vida do embrião ou feto em face da liberdade individual e autonomia da gestante para o exercício da maternidade. O esclarecimento da questão é importante para a sociedade brasileira, notadamente porque pende de decisão definitiva pela Suprema Corte, bem como de apreciação pelo Congresso Nacional, ainda mais diante de declaração incidental de inconstitucionalidade da criminalização do aborto da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que, por iniciativa do Ministro Luís Roberto Barroso, considerou lícita a interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses de gestação.

Para tanto, em primeiro lugar, será analisada a classificação das normas entre regras e princípios. Em segundo lugar, a solução diante da colisão entre princípios, com especial relevo ao princípio da proporcionalidade. Em terceiro lugar, como base na decisão paradigma da Suprema Corte brasileira, a colisão entre a garantia fundamental do direito à vida e a liberdade individual e autonomia da gestante para decidir acerca da maternidade e, consequentemente, opção pela interrupção voluntária da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, verificando-se o sopesamento dos valores em confronto. Para a elaboração da investigação utilizou-se o método dedutivo alicerçado na revisão bibliográfica-documental.

2 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO PARADIGMA DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS

A despeito de posição minoritária em sentido contrário, predomina o entendimento de que a convivência humana em sociedade somente é possível mediante a imposição cogente de modelos de condutas previamente estabelecidos em Lei, especificamente normas de comportamento que estabelecem um dever-ser. Isso porque se existe uma característica que assemelha os seres humanos, especialmente no Brasil, é a capacidade de causar prejuízo aos semelhantes, ainda que em condutas de menor

relevância, tal qual a inobservância da ordem de espera em filas de atendimento, o desrespeito a vagas em estacionamentos reservadas para pessoas incapazes e até mesmo a utilização de expedientes escusos em provas de graduação e/ou concursos públicos, tal qual a conhecida "cola", mediante o uso de ponto eletrônico através do qual são repassadas respostas para candidatos. Isso sem contar condutas ainda mais graves, tais como homicídios, estupros, latrocínios e torturas, dentre outras de extrema reprovabilidade social, conforme a criminalidade sistêmica que assola o País nas últimas décadas.

O Brasil é exemplo na prática de condutas de extrema gravidade social, merecendo destaque o fato público e notório, veiculado pela imprensa nacional e internacional, de militar do exército brasileiro preso na Espanha por tráfico internacional de drogas, com utilização de aeronave a serviço da Presidência da República, cuja prestação de serviços remonta ao ano de 2011, tendo viajado nos governos Dilma, Temer e Bolsonaro, autorizando pressupor que tal atividade deve ter sido realizada durante todos esses anos.

Portanto, é imprescindível a existência de um conjunto de normas jurídicas que imponham um dever de comportamento, quer por ação, quer por omissão, sob pena de caos social e absoluta impossibilidade de convívio entre os seres humanos. Atendendo a essa finalidade, o nosso ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas, dentre elas àquelas destinadas à positivação dos direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade, direitos políticos, saúde, educação e trabalho, dentre outros). Em regra, como acima referido, normas constituem modelos de comportamentos, modelos de dever-ser.

Diante da premissa sobre positivação dos direitos fundamentais e afirmação de que o ordenamento jurídico é composto por modelos de comportamentos, permissivos e proibitivos (BOBBIO, 2012), assume vital importância a classificação das normas jurídicas, como imprescindível para o tema proposto neste estudo.

Essa distinção constitui base para a teoria dos direitos fundamentais e solução dos problemas centrais de sua dogmática. Sem ela não haveria uma teoria adequada sobre restrições e nem, tampouco, sobre a colisão de direitos fundamentais. Constitui-se, pois, na viga mestra da estrutura dos direitos fundamentais, classificando as normas jurídicas em duas espécies: princípios e regras (ALEXY, 2008, p. 85). Ambos constituem modelos de comportamento que prescrevem dever-ser e, consequentemente, a despeito de serem espécies muito diferentes, constituem razões para juízos concretos.

A distinção entre princípios e regras é uma distinção entre normas, que estabelecem permissões e/ou proibições. Exemplificando, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 prevê a inviolabilidade do direito à vida. Trata-se de norma que proíbe a destruição da vida humana, enquanto o artigo 121 do Código Penal brasileiro estabelece o tipo penal e a respectiva pena para o crime de homicídio. Cabendo, então, a indagação: constituem princípios ou regras?

Para essa distinção existem vários critérios, sendo a generalidade o mais frequente. Neste particular, princípios seriam normas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras teriam baixa generalidade. Os princípios não determinam direta e automaticamente a conduta a ser praticada, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja efetivação depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação, que deverá encontrar a conduta necessária para a obtenção de uma finalidade tipicamente estatal; já as regras não dependem de um ato institucional mais intenso de aplicação nos casos considerados de fácil resolução, pois o comportamento já está previsto direta e objetivamente na norma (ÁVILA, 2006).

Por exemplo, o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto o artigo 121, §2º, inciso VI, do Código Penal Brasileiro prevê o crime de homicídio qualificado pelo feminicídio. Levando em conta a generalidade, a dignidade humana é um principio fundamental da República Federativa do Brasil e por essa razão funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para o exercício e proteção dos direitos fundamentais. Por exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da prática da tortura e de qualquer outro comportamento degradante, mas apenas os acusados que cometem crime doloso contra a vida de vítima mulher, com incidência das disposições da Lei Maria da Penha e/ou perpetrados com menosprezo à condição feminina, incorrem no crime de homicídio qualificado por feminicídio. O âmbito de incidência, neste caso, classifica a norma constitucional como princípio e a norma infraconstitucional como regra.

Contudo, existem normas constitucionais que, pelo âmbito de incidência, classificam-se igualmente como regras, tal qual o artigo 5º, inciso XLII, que prevê a imprescritibilidade do crime de racismo. Como regra geral, todos os crimes do ordenamento jurídico brasileiro são prescritíveis, salvo o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV). Trata-se de uma regra prevista na Carta Magna, cujo âmbito de

incidência, de natureza excepcional, está restrito a acusados por crime de racismo. Logo, pelo grau de generalidade, como método de classificação das normas, existem regras tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional.

Além do critério generalidade, dentre outros, sustenta-se que as normas podem efetivamente ser distinguidas em princípios e regras, existindo entre ambos não apenas uma diferença gradual, mas também uma diferença qualitativa. Esta representaria a tese mais correta (ALEXY, 2008).

Princípios são normas que ordenam uma realização na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandados de otimização (permissões e proibições), cuja característica é que podem ser satisfeitos em graus variados, bem como a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As regras, por sua vez, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente o que ela manda, nem mais nem menos. Por isso, a distinção entre princípios e regras é de qualidade e não de grau.

Enfim, como premissa final deste primeiro item, fixa-se a ideia de que toda norma é um princípio ou é uma regra (ALEXY, 2008).

3 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E O CONFLITO ENTRE REGRAS

O ordenamento jurídico é composto por normas que representam valores e impõem modelos de comportamentos potencialmente contraditórios, porque refletem diversidade ideológica típica do regime democrático, motivo pelo qual, com certa frequência, entram em rota de conflito (MARMELSTEIN, 2019). O conflito resulta do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares (MENDES, 2019). Por exemplo, a prisão em regime inicial fechado em virtude de condenação definitiva por crime de homicídio doloso qualificado colide frontalmente com o direito fundamental de liberdade do condenado.

A diferença entre regras e princípios apresenta-se com mais clareza nos casos de colisão entre princípios e de conflito entre regras, cujo ponto em comum é o fato de que duas normas, aplicadas isoladamente, levariam a resultados contraditórios entre si, ou seja, juízos jurídicos de dever-ser contraditório, o que concretamente não pode ser admitido. A distinção, aqui, é pela forma de solução do conflito (ALEXY, 2008).

No tocante às regras, o conflito somente pode ser resolvido de duas formas.

Em uma primeira hipótese, mediante acréscimo de uma cláusula de exceção na própria regra. Como, por exemplo, os artigos 124 a 127 do Código Penal brasileiro que tratam do crime de aborto, enquanto o artigo 128 do mesmo diploma legal prevê uma cláusula de exceção, que são as excludentes de ilicitude para os abortos denominados necessário e humanitário. São situações em que, diante do risco para a vida da gestante ou de gravidez resultante de estupro, respectivamente, excepciona-se a regra geral, permitindo-se a interrupção da gravidez, com a consequente violação do direito à vida (artigo 5º, caput, da CF/1988). Igualmente o artigo 142 do Código Penal brasileiro contém regras de exceção para os crimes contra a honra, como, dentre outros, o conceito desfavorável emitido por funcionário público no exercício da função (inciso II), cuja conduta não tem a intenção de macular a honra de terceiro.

Em uma segunda hipótese, o conflito pode ser solucionado pela declaração de invalidade de uma das regras em conflito, mediante a incidência de princípios que resolvem o aparente conflito de normas penais, que são a especialidade; a absorção ou consunção e a subsidiariedade. No caso, por exemplo, a mãe mata dolosamente o filho logo após o parto. Ante a existência desse fato delituoso, vislumbra-se a incidência de mais um dispositivo legal, especificamente os artigos 121 e 123 do Código Penal brasileiro e, consequentemente, um conflito aparente de normas penais. Aparente porque a unidade harmônica do sistema penal impede a incidência de duas normas sobre o mesmo fato (SANCHEZ, 2018). A especialidade resolve a questão com a incidência do tipo penal correspondente ao delito de infanticídio.

Ademais, as regras se diferem dos princípios porque são aplicáveis na modalidade do tudo ou nada (*all-or-nothing*); vale dizer que, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada da forma como preceitua o dispositivo normativo, conforme determina o procedimento de subsunção silogístico. Portanto, se a hipótese de incidência é preenchida, ou a regra é válida e a consequência legal deve ser aceita, ou ela não é considerada válida (DWORKIN, 2010). As regras são espécies de normas que exigem um cumprimento pleno e dessa forma, devem sempre ser aplicáveis ou inaplicáveis (Alexy, 1988).

Em relação aos princípios, a colisão tem solução bem diferente ao das regras, não se cogitando do plano da validade. Na hipótese em que um princípio permite um modelo de conduta, enquanto outro o proíbe, um deles deverá ceder no caso concreto. Dentre eles, um terá prevalência sobre o outro, desde que em determinadas condições concretas. Considerando que possuem pesos/valores diferentes, aquele com maior

peso/valor terá procedência, sem que isso signifique a invalidação daquele compreendido como de menor peso/valor (DWORKIN, 2010). A colisão será resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. Examina-se qual princípio haverá de ceder no caso concreto, com a finalidade de preservação do valor ou interesse mais importante, com base num juízo de proporcionalidade.

4 O SOPESAMENTO DE CONFLITOS A PARTIR DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, também chamado por vezes de princípio da adequação dos meios aos fins assumiu extrema relevância nas últimas décadas no Direito Constitucional brasileiro, especificamente como método de solução para a colisão entre direitos fundamentais (BARROSO, 2019; CAMBI, 2016). Inicialmente concebido como anteparo contra o poder de polícia estatal, qualifica-se como princípio básico de Direito Público, implicando a noção de que a ação do Estado para delimitar a liberdade individual só é legítima quando medida necessária para assegurar a liberdade e segurança coletivas (FELDENS, 2005).

Diante da colisão entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade assumiu a condição de ferramenta hermenêutica, empregada no processo decisório com a finalidade de preservação do bem de maior valor no caso concreto, possuindo três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A necessidade justifica o afastamento de um dos bens em choque para preservação do outro, enquanto a adequação demonstra a inexistência de medida menos gravosa. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito representa juízo concreto de ponderação, legitimando a violação de um valor em favor de outro. Implica o cotejo de desvantagens dos meios em comparação com as vantagens dos fins (FELDENS, 2005). Faz-se um escalonamento, comparando o grau de restrição de um direito fundamental com o grau de realização do direito em confronto, porém, desde que demonstrado concretamente, na fundamentação, com clareza, os passos que justificaram o sopesamento é consequente conclusão (SILVA, 2011).

Através desses critérios busca-se resposta para três indagações: o meio escolhido possui adequação e pertinência para o resultado pretendido? O meio escolhido é o menos gravoso entre as opções existentes e suficiente para a proteção do direito fundamental em litígio? O benefício atingido com a adoção da medida preserva valores mais importantes do que os protegidos pelo direito sacrificado? Caso todas as respostas

sejam afirmativas, a limitação ao direito fundamental será legítima (MARMELSTEIN, 2019).

A aplicação do princípio da proporcionalidade pela Suprema Corte brasileira tem sido norteada, via de regra, enquanto norma de efeitos invalidantes, por meio de juízos que normalmente indicam um eventual excesso ou irrazoabilidade da medida questionada (FELDENS, 2005).

Do acervo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verificam-se casos em que a Corte estabeleceu um juízo de preferência entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um valor constitucional diverso, cuja solução ocorre através da valoração de bens constitucionais em hipótese concreta, como por exemplo, o caso Elwanger (HC 82.424-2/RS), no julgamento das células tronco (ADI 3.510), no julgamento das uniões homoafetivas (ADI 4.277 e ADPF 132), o julgamento envolvendo a constitucionalidade das cotas raciais (ADC 41 e ADPF 186), o julgamento dos casos de anencefalia (ADPF 54), o julgamento das biografias não autorizadas (ADI 4.815), o julgamento acerca da inconstitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais (ADI 4650), o julgamento sobre a autorização da prisão após a decisão condenatória de segunda instância (HC 126.292 e HC 152.752 e ADC 44), o julgamento tangente à descriminalização do aborto - objeto do próximo tópico - (HC 124.306), entre outros.

5 A COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E A LIBERDADE INDIVIDUAL DA GESTANTE COMO FUNDAMENTO PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO: O JULGAMENTO DO HC 124. 306 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO STF

O caráter absolutista do contratualismo hobessiano implicou a existência de homens livres e iguais, cuja liberdade e igualdade absolutas não impunham freio para suas ações, provocando um conflito generalizado, uma guerra de todos contra todos, com nefastas consequências para a própria sobrevivência humana. Com suas vidas constantemente ameaçadas, tomaram os homens a decisão de firmar um acordo que preservasse o direito à vida em troca da liberdade individual. Abriram mão de sua liberdade absoluta e, sobretudo, de sua individualidade, depositando-a nas mãos do Estado, que assumiu o dever de proteção (MONDAINI, 2018).

Assim, o bem jurídico vida humana, dentre outros como a liberdade e propriedade, foi positivado em diversas constituições constituindo direito fundamental,

denominado de primeira geração (BOBBIO, 2004), tal qual na Constituição Federal brasileira de 1988, especificamente no seu art. 5º, caput. A vida humana é o alicerce dos demais direitos fundamentais, do qual emanam todas as demais prerrogativas do cidadão. Sem o direito à vida, não se cogitam outros direitos. A norma constitucional, portanto, garante a proteção do direito à vida.

Em complementação da norma constitucional, o Código Penal brasileiro tipifica o crime de homicídio, com o propósito de reforçar a proteção da garantia constitucional do direito à vida (MASSON, 2019). Constituem crimes, consumados ou tentados, qualquer conduta dolosa, comissiva ou omissiva, que atente contra a vida humana, tanto extrauterina quanto intrauterina. Especificamente, nos artigos 121 a 127, protege o diploma material penal a vida intrauterina, mediante a tipificação do crime de aborto, consistente na interrupção voluntária e dolosa da gestação, com a morte do produto da concepção. O termo inicial da proteção penal e, consequentemente, caracterização do crime, do ponto de vista jurídico, ocorre com a fixação do óvulo fecundado no útero materno, fenômeno denominado nidação, que ocorre nas três primeiras semanas após a fecundação (CUNHA, 2018). A partir deste momento, pois, a destruição do feto implica crime de aborto.

Não obstante a proteção constitucional do direito à vida, sólida corrente defende a descriminalização do aborto, especificamente em razão da liberdade individual e do direito de livre escolha da mulher, inclusive dentro do próprio Poder Judiciário brasileiro, tal qual a decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que, em julgamento ao Habeas Corpus n. 124.306, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, na data de 09 de agosto de 2016, revogou decreto de prisão preventiva de acusados por crime de aborto consentido e, por iniciativa do Ministro Luís Roberto Barroso, avançou ainda mais, reconhecendo a inconstitucionalidade da criminalização do aborto nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento, em síntese, na liberdade individual e autonomia da mulher para decidir acerca do próprio corpo e da maternidade.

Segundo afirmou o referido Ministro, a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. E, ainda, a criminalização do aborto é ineficaz para a proteção da vida do feto, representando uma reprovação simbólica da conduta, visto que não é capaz de evitar a interrupção da gravidez, afetando unicamente na quantidade de abortos seguros e, consequentemente, o número de mulheres com complicações de saúde ou que acabam morrendo devido ao procedimento.

Sobre o status jurídico do embrião na fase inicial da gestação, ressaltou a existência de duas posições antagônicas; a primeira defendendo a existência de vida desde a concepção, enquanto a segunda somente após o terceiro mês de gestação, com a formação do sistema nervoso central e presença de rudimentos de consciência. Antes disso, não haveria como falar na existência da vida humana em sentido pleno.

Apesar de tal controvérsia, assegurou que, independentemente da corrente escolhida, não existe nenhuma possibilidade de o embrião ter viabilidade fora do útero materno nesta fase de formação, dependendo, assim, totalmente do corpo da mulher, o que legitima a livre escolha da gestante na continuidade ou não da gravidez, com amparo na garantia constitucional da liberdade e autonomia, que, no caso concreto, se sobrepôs à garantia do direito à vida.

Não obstante os demais temas periféricos, utilizados como reforço de argumentação, o epicentro da discussão gira em torno da colisão entre a garantia do direito à vida do feto ou embrião e o direito de liberdade individual e autonomia reprodutiva da mulher. Sendo forçoso concluir que a colisão de princípios fundamentais foi solucionada pela Suprema Corte em favor da supremacia da liberdade individual da gestante. Os efeitos desta decisão, proferida em controle concreto de constitucionalidade, limitam-se ao julgamento em questão, mas sinalizam o entendimento de parte dos Ministros que compõem a Suprema Corte brasileira. Entretanto, diante de colisão de direitos fundamentais e, sobretudo, da relevância do tema, que confronta o próprio direito à vida, especialmente em nossa sociedade complexa e plural, incumbe ao Poder Legislativo, por expressa previsão constitucional, através de intenso debate, o sopesamento dos valores em tensão, a fim de uma solução que proteja o bem jurídico de maior valia para a finalidade social, com estrita observância do princípio da proporcionalidade (ÁVILA, 2009).

De qualquer sorte, a decisão da Suprema Corte, ainda que em caráter incidental, serve como parâmetro para o debate proposto no presente estudo, especificamente no tocante à supremacia da liberdade individual e autonomia da mulher sobre a vida do feto ou embrião.

De início, impõe-se o reconhecimento da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto, haja vista que todos, à exceção da proibição da tortura, admitem relativização, desde que em cotejo com direitos de igual valia, tal qual o bem jurídico vida humana, cuja destruição voluntária e dolosa é admitida, por exemplo, com base nas excludentes de ilicitude de legítima defesa e do estado de necessidade (art. 23 Código

Penal brasileiro), bem como na interrupção voluntária da gravidez resultante de estupro ou quando houver risco para a vida da gestante (art. 128, incisos I e II, do CP).

À exceção da gravidez resultante de estupro, as demais hipóteses tratam da colisão entre o próprio direito à vida, quer na agressão atual ou iminente da legitima defesa ou na necessidade de salvar-se de perigo atual não provocado na excludente do estado de necessidade, bem como na hipótese do aborto em caso de risco para a vida da gestante. Todavia, a descriminalização do aborto durante os três primeiros meses da gravidez, assim também a interrupção da gravidez resultante de estupro tratam da colisão entre o direito à vida e a liberdade individual e autonomia da mulher para decidir acerca da maternidade, mas com uma fundamental distinção, na gravidez resultante de estupro a concepção resultou de um crime de estupro, de natureza hedionda (art. 1º, inciso V, da Lei 8.072/90), perpetrado contra a vítima mulher. No caso do presente estudo, trata-se de gravidez decorrente de relação sexual voluntária e consentida. São, pois, situações inconfundíveis.

Diante dessas premissas e, sobretudo, dos fundamentos utilizados pela Suprema Corte, no caso paradigma acima citado, contrapõem-se os seguintes argumentos.

A incriminação do aborto constitui medida indispensável para proteção da vida humana intrauterina, não apenas para repressão da conduta contrária ao maior valor do ordenamento jurídico, mas também com a finalidade de prevenção geral do comportamento proibido, como mensagem expressa da impossibilidade jurídica de terceiros decidir sobre ser humano ainda não nascido. A característica de valor supremo, impõe a supremacia da vida humana mesmo quando confrontada a outros interesses, ainda que reconhecidos como direitos fundamentais (BRANCO, 2019).

Não obstante a impossibilidade de viabilidade fora do corpo materno nos três primeiros meses da gravidez, possui o feto existência individual e vida própria, já que não é continuidade da vida materna, embora a inegável dependência nesse estágio do desenvolvimento. Apesar da dependência materna, o feto ou embrião possui existência autônoma. Representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde com o do pai nem com a da mãe.

Portanto, é inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe (MORAES, 2003). Embora a gravidez esteja relacionada à esfera íntima da mulher, o embrião forma ser humano distinto ao da genitora, com inegável titularidade do direito à vida, que implica dever de proteção estatal, desimportando o

grau de saúde ou o tempo de sobrevivência que se possa prognosticar (BRANCO, 2019).

Em consequência, existe titularidade do direito à vida autônoma, de natureza indisponível e estabelecida em favor do interesse público, porquanto a destruição da vida de um único ser humano configura lesão contra a própria humanidade, pois a proteção deficiente põe em risco a própria existência humana. Sendo que o direito penal protege bens que transcendem ao mero interesse individual, representando a proteção dos bens jurídicos por meio da repressão criminal interesse do Estado na manutenção da ordem normativa. O determinante nesta análise é a ruptura da ordem normativa e não tanto o conflito entre autor infrator e vítima (GOMES; JACOBUCCI, 2005).

Constitui o direito à vida o bem mais importante do ordenamento jurídico constitucional, porque sem ela não há personalidade e nem, consequentemente, direito individual, tanto que o artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, prevê, expressamente, que a vida deve ser protegida por Lei, desde o momento da concepção, ninguém podendo ser privado dela de modo arbitrário (MIRABETE, 2013). A vida humana, independentemente de seu estágio, deve ser protegida, mesmo porque a lei não faz qualquer distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto (CAPEZ, 2017). Não há qualquer diferença entre matar o embrião no ventre materno nos três primeiros meses da gravidez e matar uma criança com dez dias ou dez meses de existência. Vida é vida, desimportando a quantidade de tempo (GRECO, 2013).[1]

Não se desconhece que a liberdade individual e autonomia da mulher para decidir acerca da maternidade constituem direitos constitucionais fundamentais, conjuntamente com o direito à vida, à propriedade e igualdade perante a lei, afirmando-se como direitos de cunho negativo, exigindo uma abstenção do poder público, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista (SARLET, 2012).

A autonomia da mulher para a maternidade integra o núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88). E, por isso, deve o Estado valorizar a autonomia individual da mulher e não o

[1] Em sentido contrário e também com argumentos sólidos, constata Sarmento (2005, p. 65) que a Constituição de 1988 protege a vida intrauterina, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Sustenta que a proteção constitucional conferida à vida do nascituro não é uniforme durante o período da gestação. Pelo contrário, esta proteção vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se feto para logo adquirir viabilidade extrauterina. Para o autor, o tempo de gestação é um fator de extrema relevância na mensuração do grau de tutela constitucional atribuído à vida pré-natal.

moralismo jurídico (Barroso, 2014). Porém, diante da colisão de direitos fundamentais de igual valia, impõe-se o sopesamento dos valores através do princípio da proporcionalidade, especificamente de seus três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Não há dúvidas quanto ao juízo de procedência no exame dos vetores necessidade e adequação, porque, para a interrupção da gravidez, exige-se a destruição da vida, inexistindo outra medida menos gravosa. Resta, então, a proporcionalidade em sentido estrito, que justificaria a violação da vida em favor da liberdade individual e autonomia da gestante.

Nesse aspecto, dentre várias medidas de restrição de direitos fundamentais idôneos para alcançar o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, ou seja, a que menos interfira no direito de liberdade e, ao mesmo tempo, capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituído. Desse modo, por força do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entre os valores em colisão deve preponderar o de maior relevância (LIMA, 2018).

Por isso, a colisão entre a vida do feto ou embrião e a liberdade e autonomia da gestante deve ser solucionada de acordo com o bem jurídico de maior peso. Mas qual nesse caso possui maior relevância/peso?

Tendo em vista que o princípio fundamental do direito à vida possui caráter indisponível, sobre o qual se estruturam todos os demais e cuja proteção é estabelecida em favor da coletividade e não apenas do interesse individual do titular, apresenta-se, exclusivamente do ponto de vista jurídico-constitucional, intransponível o exame da proporcionalidade em sentido estrito, porque o interesse particular da gestante não pode, no caso em exame, a princípio, sobrepor-se ao princípio fundamental de caráter público, consistente na preservação da vida humana, desde a concepção.

Não há qualquer hipótese na legislação penal brasileira em que alguém seja autorizado a destruir dolosamente a vida de outra pessoa impunemente, à exceção das excludentes de ilicitude.

A existência de princípios de interesse coletivo implica a exigência de criação ou manutenção de situações que o satisfaçam, na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas, mediante critérios que permitam superar a validade ou satisfação dos direitos individuais (ALEXY, 1986).

A descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação causa inegável antinomia jurídica, uma vez que o Código Civil brasileiro, no seu 2º,

estabelece “que a personalidade civil começa do nascimento com vida”, mas a Lei garante os direitos do nascituro desde a concepção. Enquanto a Lei material civil protege, dentre outros, os direitos patrimoniais do nascituro desde o início da gravidez, a descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação nega proteção ao próprio direito à vida do embrião ou feto. Considerando que a própria noção de cidadania emana da vida humana, sem a qual nenhum outro direito pode ser exercido e nem sequer cogitado, a descriminalização do aborto torna letra morta à proteção outorgada pela Lei material civil.

É imperioso salientar que a criminalização do aborto não interfere na liberdade individual e autonomia para decidir acerca da maternidade, pois existem diversos métodos contraceptivos, muitos deles inclusive fornecidos gratuitamente pelo Poder Público, alguns inclusive atuam depois da fecundação, impedindo apenas a implantação do óvulo fecundado no útero (nidação), cuja finalidade é justamente a preservar a livre escolha da mulher.

Enfim, trata-se de tema polêmico que comporta acirrada discussão, com sólidos fundamentos em ambos os sentidos, mas que, do ponto de vista exclusivamente normativo e, especificamente, diante da colisão entre direitos fundamentais, não supera o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, inclinando-se o sopesamento dos valores em tensão em favor da proteção da vida humana desde a concepção, nos estritos termos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, sobretudo, da Constituição da República Federativa do Brasil.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas, classificadas em princípios e regras, cuja principal distinção, de acordo com o critério da generalidade, consiste, respectivamente, em alto ou baixo grau de densidade. A distinção entre as espécies normativas fica ainda mais evidente no caso de conflito entre regras e colisão entre princípios, resolvendo-se esta com o sopesamento dos valores em conflito, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, cujos elementos são necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A partir dessas premissas, o presente estudo analisou, em juízo de constitucionalidade normativo, a possibilidade da descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação, especificamente à vista da colisão entre o direito à vida

do embrião ou feto e o direito de liberdade individual e autonomia da mulher para decidir acerca da maternidade. Para tanto, adotou-se, como paradigma, decisão proferida, em sede de controle difuso de constitucionalidade, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Habeas Corpus n. 124.306, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, na data de 09 de agosto de 2016, reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, privilegiando, assim, a liberdade individual e autonomia da mulher.

Diante dos argumentos normativos e constitucionais apresentados no presente estudo, que se contrapõem os fundamentos do caso paradigma, especificamente no tocante à colisão de direitos fundamentais, é forçoso concluir que a decisão da Suprema Corte não encontra amparo no princípio da proporcionalidade, especificamente o elemento proporcionalidade em sentido estrito, deixando de demonstrar, diante dos bens jurídicos em tensão, a maior valia da liberdade e autonomia da mulher sobre o bem jurídico vida humana, cuja proteção constitucional, desde a concepção, foi instituída em favor do interesse coletivo, que se sobrepõe ao interesse meramente individual.

Saliente-se que a criminalização do aborto não afasta o direito de liberdade individual e autonomia da mulher para decidir acerca da maternidade, haja vista a existência dos diversos métodos contraceptivos disponíveis no mercado, dentre eles vários fornecidos gratuitamente pelo Poder Público, cuja função é justamente impedir uma gestação indesejada.

Por fim, em que pese os argumentos do ministro Barroso serem “razoáveis”, não cabe, no caso em discussão, ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da Lei penal que criminaliza o aborto com base em argumentos de moral e argumentos de política. Esse papel incumbe ao Poder legislativo que é o poder democraticamente eleito pelo povo. Ainda assim, por mais que a questão esteja envolta à desacordos morais, não se pode afirmar peremptoriamente que a regra prevista no Código penal é inconstitucional. No âmbito do Estado democrático de Direito incumbe ao parlamento deliberar e decidir sobre a legalidade do aborto nos três primeiros meses de gestação. Não é concedido aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem de legitimidade democrática, pois não são eleitos pelo voto popular, promover inovações no ordenamento jurídico como se parlamentares eleitos fossem. Dito de outra forma, a norma penal até pode ser alterada no sentido da descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação, mas essa alteração deve ser realizada pelo Congresso Nacional e não pelo Poder Judiciário.

Além disso, conquanto a teoria desenvolvida por Robert Alexy seja complexa e por essa razão muitas vezes incompreendida, uma coisa parece bem clara: regras, por se tratarem de mandamentos de definição, com o campo de atuação geralmente bem delimitado, aplicam-se por subsunção; princípios, por sua vez, por serem mandamentos de otimização, pois determinam que algo seja realizado na medida máxima em relação às possibilidades fáticas e jurídicas, devem ser aplicados pelo método da ponderação. Não obstante, os tipos penais tanto do artigo 124 como do artigo 126 são, conforme a teoria de Alexy, regras e nesse sentido deveriam ser aplicadas por subsunção nos moldes do "*all or nothing*". Assim, se o ministro Barroso utilizou a teoria de Alexy para fundamentar sua decisão, fica evidente, portanto, que a mesma peca pela falta de coerência, uma vez que os critérios e argumentos utilizados para justificá-la não se coadunam com a teoria do jus filósofo alemão.

Portanto, a despeito dos respeitáveis fundamentos do caso paradigma, no que concerne ao presente estudo, resta demonstrado, que num aparente conflito entre regras e princípios, deve prevalecer a regra sempre que esta for válida. Logo, poder-se-ia pensar que não seria necessária a discussão sobre a matéria que envolve a suposta colisão entre o direito à vida do embrião e o direito à liberdade da gestante. Ainda assim, já que a colisão serviu de parâmetro para a resolução do caso em tela, dito conflito deve (ria) ser solucionado em favor da proteção da vida humana, porque constitui o bem jurídico mais importante para o convívio social, do qual emanam todos os demais, especialmente personalidade, cidadania e a própria liberdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Trad. Manuel Atienza. Doxa, 5, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, tradução Virgílio Afonso da Silva.

ÁVILA, Humberto. IBDP. Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado de São Paulo**, n. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Salvador, Bahia.

ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **TEORIA DA NORMA JURÍDICA**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti; apresentação Alaôr Caffé Alves. São Paulo: Edoipro, 5ª ed. revista, 2012.

BRASIL, **Códigos 3 em 1 Saraiva**. Penal, Processo Penal e Constituição Federal/obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 14ª ed. São Paulo: ed. Saraiva Educação, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. **Parte Especial**. Volume II,17ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2017.

CUNHA, Rogério Sanchez. M**anual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES. Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guilhermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Especial**. **Volume II**, 10 ed. Niteroi, Rio de Janeiro: ed. Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**, volume único. 6ª edição. ver., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral. Arts. 1º a 120. 13ª** Ed. São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal, parte especial, arts. 121 a 234-A do Código Pena**l. 30ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2013.

MONDAINI, Marco. **O respeito aos direitos dos indivíduos**. História da Cidadania, Jaime Oinsky e Carla Bassanezi Pinsky (orgs.). 6ª ed., 3ª reimpressão – São Paulo: Contexto, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240. Abril/Junho de 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional**. Ronaldo Porto Macedo Jr & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n. 124.306/RJ, Relator: Min. Marco Aurélio**, julgado em 29/11/2016, publicado em processo eletrônico DJe-262, divulgado 07/12/2016. Site http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia, consulta em 04/08/2019.