FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ

FACULDADE DE DIREITO

2017

UM BREVE ESTUDO SOBRE O ABORTO À LUZ DO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ

Cínthia Rodrigues Lima-cinthia__rp@hotmail.com

Edna Valéria Gasparoni Gazolla Côbo-evgcobo@gmail.com

RESUMO:
O aborto sempre foi um tema polêmico, levando a discussões profundas, tomadas pelos sentimentos, sem muita razão. As teorias sobre o início da vida, sua garantia e gozo, levaram o legislador a criar uma série de restrições para a interrupção de uma gravidez, desprezando quaisquer elementos que não fossem os jurídicos. Entretanto, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ pelo Supremo Tribunal Federal inaugurou um novo tempo no Direito brasileiro, levando a vários questionamentos envolvendo o aborto. Neste sentido, procurou-se investigar: a decisão do Supremo Tribunal Federal descriminalizou o aborto? Através de uma pesquisa bibliográfica, analisou-se as definições de aborto, o conflito existente entre o direito à vida e os direitos fundamentais da mulher, e, por fim, se o HC nº 124.306/RJ representa a legalização do aborto pelo Supremo Tribunal Federal.
Palavras-chave: Direito à Vida. Prática do Aborto. Direitos da mulher.

ABSTRACT:
The abortion has always been a controversial subject, leading to deep discussions, taken by feelings, without much reason. The theories about the beginning of life, its guarantee and enjoyment, led the legislator to create a series of restrictions for the interruption of a pregnancy, neglecting any elements other than legal ones. However, the judgment of *Habeas Corpus* nº 124306 / RJ by the Federal Supreme Court inaugurated a new time in Brazilian law, leading to several questions involving the abortion. In this sense, we sought to investigate: did the decision of the Federal Supreme Court decriminalize abortion? Through a bibliographical research, was analyzed the definitions of abortion, the conflict between the right to life and the fundamental rights of women, and finally, if the HC nº 124.306 / RJ represents the legalization of abortion by the Federal Supreme Court.
Palavras-chave: Right to Life. Abortion Practice. Women rights.

INTRODUÇÃO

As discussões em torno do aborto se dividem em duas dimensões, entre os que apoiam e são favoráveis à legalização, e os que não apoiam e são favoráveis ao endurecimento das penas para o crime. O debate ainda compreende o direito à vida do nascituro e o direito da mulher em dispor do próprio corpo da forma como quiser. O Código Penal regulamenta o assunto nos art. 124 a 128, estabelecendo as penas e esclarecendo em quais situações a prática é permitida.

O Código Civil estabelece que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro[1]", logo, o aborto não é permitido livremente, apenas quando a gestação for decorrente de estupro ou oferecer risco de morte para a mulher[2]. Por outro lado, a Constituição Federal estabelece que a dignidade humana e o direito à liberdade são elementos indissociáveis do indivíduo.

Assim, existe um aparente conflito de direitos, quais sejam, da mulher em dispor do próprio corpo e do nascituro em ter resguardado seu desenvolvimento e nascimento, sendo importante se fazer uma ponderação de direitos, de forma a se verificar qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Neste âmbito, sobreveio o julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, onde a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o aborto, se praticado até os 03 (três) primeiros meses de gestação, não configura crime. Assim, é importante refletir: a decisão do Supremo Tribunal Federal descriminalizou o aborto?

Uma pesquisa bibliográfica, com consulta de dados em obras e artigos jurídicos, bem como legislações e notícias veiculadas na *internet*, permitiu analisar a situação da prática do aborto, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa foi de natureza de jurídico-sociológica, pois se investigou os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 124.306 para o debate em questão. Quanto ao tipo, foi do gênero jurídico-descritivo, pois se fez uma análise do entendimento em torno da prática do aborto a partir da decisão da Suprema Corte. Por fim, a natureza dos dados foi secundária,

---

[1] 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.

[2] Código Penal. 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.

pois se analisou os conteúdos já publicados sobre o tema. A abordagem foi qualitativa, pois se analisou as particularidades envolvendo a não incriminação da prática do aborto.

1. O ABORTO

De acordo com Witt (2011, p. 03), "o aborto é a interrupção de uma gestação, que pode ocorrer antes do feto se desenvolver e atingir a capacidade de viver fora do organismo da mãe. Pode acontecer de maneira voluntária ou involuntária".

Por seu turno, Capez (2004, p.108) conceitua aborto como sendo:

> A interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

Capez (2004) ainda ressalta que a Constituição não faz distinção entre o óvulo fecundado (que ocorre geralmente nas 3 primeiras semanas de gestação), embrião (nos 3 primeiros meses), e feto (a partir do 3º mês), pois seja em qualquer etapa da gravidez, da concepção até o parto, o aborto é considerado um ato criminoso.

Pierangeli (2005, p. 109) esclarece que "a palavra aborto (do latim *ab-ortus*) constitui a interrupção do nascimento, de forma espontânea com a eliminação do feto de dentro do corpo da gestante, resultando no estrago do produto da concepção". Assim, esta definição é empregada para fazer referência ao ato que indica a cessação do desenvolvimento do feto durante a gravidez, e sua consequente expulsão do corpo materno.

De acordo com Castilho et. al. (2014), na linguagem médica, o aborto é o ato pelo qual a gestação é interrompida, podendo ser espontâneo ou provocado. O aborto espontâneo ocorre quando o próprio corpo da mulher rejeita o produto da concepção, já o provocado é aquele onde a gestante, ou terceiros, induzem a interrupção da gravidez.

O Brasil não permite a prática do aborto, salvo condições excepcionais, como gravidez que implique em risco de morte para a mulher, que seja resultante de estupro, ou ainda, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54[3], quando se tratar de feto anencéfalo.

[3] A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 garantiu, no Brasil, o aborto de feto anencéfalo. A ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, proposta em 2004 pela Confederação Nacional

Alfradique (2005, texto *on-line*) aponta que:

> O aborto é praticado desde há muito tempo, sendo tão antigo quanto o próprio surgimento da humanidade. As mulheres são muitas vezes movidas a escolher a decisão de abortar, por questões econômicas, sociais, de cunho religioso, terapêutico, sentimental, psicológico, e ainda também devido a traumas.

Outro motivo que pode levar a gravidez indesejada, é o fato da mulher não ter estabilidade no relacionamento, ser solteira ou adúltera. São muitos os fatores que podem levar a busca pelo procedimento, e, mesmo a lei condenando tal prática, o número de mulheres que se submetem a ela é bastante elevado.

Segundo observação de Alfradique (2005, texto *on-line*):

> Não se pode fechar os olhos para realidade de que o aborto esteve e está presente na história da sociedade desde os princípios, pois, esta prática era comum em todas as populações. No entanto, nem sempre foi considerado como crime, somente ao longo dos anos com as revoluções e mudanças constitucionais o aborto foi considerado uma prática criminosa, sofrendo a partir daí restrições.

As legislações antigas não consideravam como uma prática ilícita, diante da indiferença do Direito, sob a problemática do aborto. O feto era compreendido como uma criação ocasional do organismo da mulher, onde essa possuía o poder de decisão se queria ou não levar a gestação a diante.

Entretanto, se fosse casada, cabia o conjugue decidir. Nesse período havia eventuais punições a terceiros que instigavam a ingestão das substâncias abortivas, desta forma, não era o aborto o motivo da punição, mas sim o dano que a partir disso resultaria no organismo da mulher.

1.1 Enquadramento legal

A criação do Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, em 1890, não estabeleceu punições à mulher que se submetesse ao aborto, mas somente ao indivíduo chamado “aborteiro” que induzia ou praticava o aborto na gestante. A penalidade era de 1 a 5 anos de prisão e o dobro da pena se a ação fosse realizada sem o consentimento da mulher. E ainda dá outras providências:

---

dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), foi julgada apenas oito anos depois, numa votação com a participação dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal durante os dias 11 e 12 de abril de 2012 e aprovado com placar de 8 votos a favor, e 2 votos contra.

> Art. 301. Provocar aborto com anuência e acordo da gestante: Pena - de prisão celular por um a cinco anos. Pejado: Ficar prenhe, grávida, engravidar, gravitar, conceber. Parágrafo único. Em igual pena incorrerão a gestante, que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime for cometido para ocultar a desonra própria. (BRASIL, 1890).

E ainda de acordo com o art. 302[4] se o médico ou parteira, praticar o aborto legal, ou necessário, para buscar salvar a gestante que está em alto risco de morte, provocar-lhe a morte por inaptidão ou negligência, sofrerá pena de prisão sob regime fechado de dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão durante o menos período da condenação.

Apenas em 1940, que o Código Penal Brasileiro passou-se a incriminar a mulher, se o aborto fosse realizado para se esconder de desonra própria. Essa nova configuração da legislação também eleva o grau da pena, se o aborto for realizado por médico ou parteiro legitimamente habilitado para o exercício profissional e ocorresse à morte da gestante por descaso ou negligência.

O Código Penal assevera que:

> 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.

São muitos os debates em torno do tema, havendo aqueles que defendem a ideia de que o aborto é um ato repugnante, mas também existem os que defendem a prática por vários motivos. Do ponto de vista legal, o ordenamento jurídico pátrio permite o aborto apenas em duas situações, quando a gestação coloca em risco a vida da mulher ou quando a gravidez resultou de um estupro. Existe ainda a resistência da Igreja, que apregoa a tese de que o aborto é um crime contra a vida de outra pessoa.

Nestas circunstâncias, a maioria da sociedade se cala diante do assunto, embora de grande relevância. Muitos abortos ocorrem na clandestinidade, sem orientação alguma. A fiscalização do Poder Público é insuficiente e precária, o que facilita o surgimento de clínicas clandestinas ao alcance de qualquer pessoa.

---

[4] Art.302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligencia. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.

As leis que falam sobre o aborto se diferem de país para país, em alguns, essa prática é permitida livremente (como em casos de estupro de vulnerável), mas há outros que a condenam. Roccelo (2014) elucida que países como Estados Unidos, Uruguai, Espanha, Cuba e França permitem livremente a prática, apenas estabelecendo um limite temporal para a gestação, oscilando entre a 12ª e a 14ª semana de gravidez.

Sarmento (2005, p. 47) explica que:

> A discussão mais popular com relação à legalização do aborto ocorreu nos Estados Unidos, onde o assunto não se encontra, de forma direta, regulada pela Constituição Norte-americana, mas no conhecido caso Roe v. Wades, que ocorreu em 1965. Naquela ocasião, a Suprema Corte dos EUA decidiu, por 7 votos a 2, declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Texas, que tornava a prática de abordo algo criminoso, salvo as situações que precisava salvar a vida da gestante.

Em que pesem as formas como o aborto é tratado em outros países, no Brasil a sua tipificação penal mostra o propósito do legislador em empenhar forças para tutelar o direito à vida do indivíduo ainda não nascido, criando mecanismos para protegê-lo e resguardá-lo ainda na fase intra-uterina.

2. A COLISÃO DE DIREITOS: DIREITO À VIDA DO NASCITURO x DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

Através dos movimentos históricos feministas, várias mulheres morreram e lutaram para assegurarem o acesso aos seus direitos. Entretanto, mesmo diante da evolução social experimentada pelas mulheres nas últimas décadas, elas ainda suportam tratamentos desiguais, seja no mercado de trabalho, com salários menores, seja na criação dos filhos, sendo criticadas por optarem criá-los sozinhas ou, ainda, por optarem pelo aborto.

No contexto da temática do aborto existe um aparente conflito de direitos, quais sejam, o direito à vida do nascituro e os direitos fundamentais da mulher, concretizados na livre disposição sobre o próprio corpo.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal certifica que:

> 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 (grifo nosso).

Silva (2003, p. 196), aponta que:

> No texto constitucional (art. 5º, caput) a vida não será considerada apenas no sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade.

Por seu turno, ao delimitar o conceito de vida, Ferreira (1999, p. 2070) esclarece que:

> A vida é um conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; a existência, o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte.

O direito à vida é intrínseco ao ser humano, elevado à condição de direito fundamental pela Constituição Federal, servindo de alicerce para a edificação dos direitos da personalidade, merecendo uma tutela especial por parte do Estado.

O legislador constituinte outorgou o prestígio de direito fundamental ao direito à vida, procurando protegê-lo de ameaças, até mesmo porque está na base existencial do ser humano. Neste sentido, não é permitido que alguém tire a vida de outrem, sendo punido com pena de prisão se o fizer, salvo as situações de excludente de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal[5].

O direito à vida é amplo, compreendendo tudo aquilo que é necessário para que o ser humano exista de forma plena. A discussão situa-se com mais ênfase no plano filosófico do que no jurídico, tendo em vista as peculiaridades que envolvem a definição de vida.

Com relação ao direito da mulher em dispor do próprio corpo, é importante ressaltar que esta é uma situação, embora não mencionada no texto Constitucional, que configura verdadeiro direito fundamental, considerando o disposto no art, 1º, III, e art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem **como fundamentos**:
> I - .....
> II - .....
> III - **a dignidade da pessoa humana**;
> IV - .....
> V - .....

[5] Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

> 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 (grifo nosso).

O princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, tem como um dos corolários a inviolabilidade do direito à liberdade, estando compreendido neste um conjunto de faculdades de que dispõe o individuo, podendo agir de acordo com sua consciência, desde que não contrarie a lei e/ou os bons costumes.

É importante ressaltar que o Estado tem a obrigação de proteger e garantir os direitos fundamentais de todos. No caso das mulheres, cuja realidade é de vulnerabilidade econômica e social diante do homem, existe a necessidade de apoio das organizações sociais e do Estado. Muitas delas sofrem violência advindas das próprias relações familiares, sendo vítimas dos pais, maridos, irmãos etc.

A temática do aborto é polêmica, uma vez que sofre influências religiosas e culturais, sendo necessário um debate amplo, possibilitando uma análise aprofundada de todos os elementos que o integram. A Igreja e o Estado disputam uma luta austera em torno do assunto, e o legislador ainda é bastante receoso em criar leis mais flexíveis, abrangendo todos os aspectos envolvendo o aborto.

Consoante o art. 128 do Código Penal[6], não é considerado crime o aborto praticado em duas situações: quando oferecer risco de morte para a mãe e quando a gravidez for resultante de estupro. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 54, em 12/04/2012, passou a entender também que o aborto de feto anencéfalo não confira crime. Com exceção destas situações o ordenamento jurídico criminaliza o aborto, impedindo a mulher de tomar qualquer decisão nesse sentido.

Por tal motivo é imprescindível se fazer a ponderação de direitos no caso em epígrafe: o direito à vida do nascituro e o direito da mulher em dispor do próprio corpo. Nesta esfera, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306, em 29/11/2016, posicionou-se no sentido de que o aborto, se praticado até o 3º mês de gestação não configura crime.

---

[6] 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.

3. *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DESCRIMINALIZOU O ABORTO?

Em 29 de novembro de 2016 o Supremo Tribunal Federal foi palco de um fervoroso debate em torno do aborto. A controvérsia teve início em 14/03/2013, quando a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro prendeu várias pessoas em flagrante e fechou uma clínica de aborto em Duque de Caxias, na Baixada Fluminense (G1, 2013, texto *on-line*).

Entre os presos estavam Edílson dos Santos, um policial civil que fazia a segurança da clínica, bem como o transporte das vítimas, e Rosemere Aparecida Ferreira, enfermeira, responsável por angariar novas clientes (G1, 2013, texto *on-line*).

Após recursos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e no Superior Tribunal de Justiça, ambos sem sucesso, os pacientes E.S e R.A.F impetraram um *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, distribuído sob o nº 124.306/RJ, perante a Primeira Turma. No julgamento do mérito, o Órgão Colegiado manifestou-se pela concessão da liberdade aos acusados.

O voto mais emblemático foi proferido pelo Ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2016, pág. 01) onde exteriorizou que, embora o *habeas corpus* não fosse cabível no caso em evidência, era o caso de concessão da ordem de ofício, com a finalidade de desconstituir a prisão preventiva, com base em dois fundamentos. O primeiro deles era o fato de que não estavam presentes os requisitos que autorizavam a prisão cautelar, quais sejam, risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da Lei Penal (CPP, art. 312). O outro fundamento foi a primariedade, bons antecedentes, trabalho e residência fixa, além do comparecimento a todos os atos do processo, além do fato de que, se condenados, cumprirão a pena no regime aberto.

Entretanto, o Ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2016, pág. 01) foi além, posicionando-se também a respeito da descriminalização do aborto, apontando a necessidade de se atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos do Código Penal que tipificam o crime em tela[7], para, desta forma, retirar de sua esfera de existência a interrupção voluntária da gestação realizada até os 03 (três) meses, sendo importante ainda, ficar ciente de que:

---

[7] 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:

> O bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é ‘evidentemente relevante’, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

No âmago da discussão, é importante destacar mais um trecho do voto do Ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2016, texto *on-line,* pág. 08) onde ele salienta que:

> Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe.

Para o Ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2016, pág. 09), a criminalização do aborto, praticado até os 03 (três) meses de gestação, representa uma violação à autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos, violação à igualdade de gênero, além de discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres, as que mais sofrem com os efeitos do aborto feito de forma clandestina. A mulher não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, devendo conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais.

De acordo com Scocuglia (2016, texto *on-line*):

> 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. Eles votaram pela revogação por fundamentos processuais, isso é, para eles, não havia fundamentos suficientes para manter a prisão preventiva.

Continuando a considerar, o Ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2016, pág.15) diz que seu voto referia-se ao caso em julgamento, e era proferido nas circunstâncias sob deliberação. Além do mais, seu pronunciamento não versa sobre o enaltecimento da prática do aborto, mas tem como propósito convertê-lo em algo esporádico e resguardado pela lei.

Neste contexto, é imperativo ressaltar que o veredicto da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser vinculante, inaugura um importante precedente. Não considerar crime o aborto praticado até os 03 (três) meses de gestação representa uma inovação jurídica significativa, uma vez que, sendo tal entendimento emanado pela Suprema Corte brasileira, serve de orientação para os tribunais de instâncias inferiores.

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

A decisão proferida no cerne do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ não descriminaliza ou isenta de pena, de forma ampla, geral e irrestrita, a prática do aborto, mas faz menção apenas à situação submetida à análise da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não sendo examinada pelo Plenário da Corte.

Na opinião de Carvalho (2016, texto *on-line*) "o voto do Ministro Roberto Barroso enfatiza o que já era pacífico nos tribunais e no meio acadêmico, crime de aborto deve ser relativizado pelo contexto social e pelas nuances de cada caso".

CONCLUSÃO

Pelo exposto, tem-se que o direito à vida dos nascituros e o direito da mulher em dispor do próprio corpo se encontram em dimensões diametralmente opostas, uma vez que o exercício de um pressupõe a supressão do outro.

O direito da mulher em dispor livremente do corpo, no caso de uma gravidez indesejada e/ou não planejada, pode permitir-lhe praticar um aborto, eliminando o produto da concepção tão logo queira. Todavia, o aborto não é permitido livremente no Brasil, sendo inclusive, capitulado como crime no Código Penal.

Assim, o legislador postergou o direito da mulher em fazer o que quiser com seu próprio corpo em relação ao direito do nascituro ao não permitir a interrupção da gravidez, obrigando a mãe a levar a gestação até o fim, salvo nos casos de estupro ou risco de morte, ou ainda quando se tratar de feto anencéfalo. Como o Ministro Roberto Barroso se posicionou no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, a discussão sobre qual destes direitos deve prevalecer situa-se mais no campo filosófico do que no jurídico.

Trata-se se dois direitos igualmente importantes, logo, mensurar qual deles deve prevalecer não é escolha simples. É preciso analisar todos os elementos presentes no caso concreto, ainda assim corre-se o risco de não se chegar a um denominador comum.

O *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ representa um acontecimento importante, pois, pela primeira vez o Poder Judiciário levou em consideração elementos de natureza socioculturais para decidir uma questão com alcance tão amplo. O debate em torno do aborto não pode desconsiderar as condições em que a mulher se encontra em uma sociedade machista, patriarcal e opressora, com profundas discrepâncias de gênero.

O aborto é uma questão abrangente, e como tal precisa ser enfrentada de forma séria e aprofundada, deixando-se de lado convicções religiosas e socialmente construídas. Assim, a

prevalência de um direito sobre o outro, do nascituro ou da mulher, enseja a análise do fato, não podendo ser calculado por meio de uma fórmula genérica e casuística.

No momento atual o direito do nascituro em ter seu desenvolvimento e nascimento garantido é prevalente sobre o direito da mulher em dispor livremente do corpo. Todavia, o resultado do julgamento do HC nº 124.306 inaugurou um novo tempo, permitindo uma discussão séria e aprofundada sobre o aborto, permitindo a construção de novos paradigmas em torno do tema.

Conclui-se então, que não houve a descriminalização do aborto, o que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal fez foi revogar a prisão preventiva dos acusados pelo crime em destaque, tecendo, todavia, profundas considerações acerca da tipicidade da conduta, quando praticada até os 03 (três) meses de gestação.

A partir de agora, ao decidirem sobre questões referentes ao aborto, embora não estejam vinculados à decisão da Suprema Corte, considerando o seu efeito *inter partes*, os juízes de instâncias subalternas poderão acompanhar o entendimento, assim, o veredicto representa um importante precedente.

BIBLIOGRAFIA

ALFRADIQUE, Eliane. Direito à Vida: Aborto, estupro, feto anencefálico. **Âmbito Jurídico.** n. 22. Rio Grande, 2005, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal.** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 54/DF.** Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. Em 12.04.2012. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus.** 124.306/RJ. Superior Tribunal de Justiça, Edílson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator Ministro Marco Aurélio. Em 29.11.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal:** parte especial. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Thiago. STF errou no julgamento do HC 124.306 RJ (Aborto até o 3º mês). 2016. **Jusbrasil.** Disponível em <https://thiagocarvalho93.jusbrasil.com.br/artigos/411590489/stf-errou-no-julgamento-do-hc-124306-rj-aborto-ate-o-3-mes?ref=topic_feed>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta. Teorias sobre o início da personalidade e a proteção do nascituro. **Revista Jus Navigandi,** 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31789/teorias-sobre-o-inicio-da-personalidade-e-a-protecao-do-nascituro>. Acesso em: 13 nov. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

POLÍCIA FECHA CLÍNICA DE ABORTO E PRENDE 10 DURANTE AÇÃO EM CAXIAS, RJ. G1. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/03/policia-fecha-clinica-de-aborto-e-prende-10-durante-acao-em-caxias-rj.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCCELO, Mariane. Saiba como o aborto é regulamentado em sete países. **OperaMundi.** 2014. Disponível em <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 43-82, abr./jun. 2005.

SCOCUGLIA, Lívia. **Turma do STF vota para descriminalizar aborto até 3º mês**. 2016. Disponível em <https://jota.info/justica/1a-turma-stf-vota-para-descriminalizar-aborto-ate-3o-mes-29112016>. Acesso em: 16 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

WITT, Caroline Teles. **Interrupção da gestação de feto anencefálico:** uma análise sócio-jurídica em face dos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/caroline_witt.pdf>. Acesso em 12 out. 2017.