



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JANAINA MARIA DE ARAÚJO

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO ABORTO SOB
A ÓTICA DE ROBERT ALEXY**

Juazeiro do Norte
2019

JANAINA MARIA DE ARAUJO

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO ABORTO SOB
A ÓTICA DE ROBERT ALEXY**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Dr. Leão
Sampaio, como requisito para a obtenção do
grau de bacharelado em Direito.
Orientadora: Josiane de Queiroz Vieira

Juazeiro do Norte
2019

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINENTES AO ABORTO SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY

Janaína Maria de Araújo¹
Joseane de Queiroz Vieira²

RESUMO

Este artigo objetiva verificar como a colisão entre Direitos Fundamentais constantes em decisões do Supremo Tribunal Federal atinentes ao aborto podem ser analisadas a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, pois é um tema relevante socialmente, uma vez que envolve o Direito à vida tanto da mulher como do nascituro. A pesquisa foi realizada através de um viés qualitativo na análise bibliográfica e documental (doutrina, jurisprudências, artigos científicos, lei e etc) acerca do tema. Inicialmente são feitas breves considerações acerca do conceito e evolução dos Direitos Fundamentais, bem como elenca-se suas dimensões. Posteriormente faz-se uma explanação do que é a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, explicando a segregação de normas em regras e princípios e que havendo conflitos principiológicos poderão ser solucionados através de uma relação de precedência denominada de Lei de colisão. Em um terceiro momento traz-se informações sobre o aborto, seu conceito em áreas diversas (religião, medicina, Direito) e a sua tipificação no Código Penal. Por fim, o artigo aborda decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do Aborto e as correlaciona com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. O artigo leva a concluir que a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy pode ser utilizada como padrão pelo julgador em casos envolvendo os Direitos Fundamentais, inclusive no aborto.

Palavras-chave: Teoria dos Direitos Fundamentais. Robert Alexy. Aborto. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article aims to verify how the collision between Fundamental Rights contained in abortion-related Supreme Court rulings can be resolved from Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights, as it is a socially relevant issue as it involves the Right to Life both of woman as of unborn child. The research was conducted through a qualitative bias in the bibliographical and documentary analysis (doctrine, jurisprudence, scientific articles, law and etc.) about the subject. Initially, brief considerations are made about the concept and evolution of Fundamental Rights, as well as its dimensions. Subsequently, an explanation of Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights is explained, explaining the segregation of norms into rules and principles and that if there are principled conflicts they can be resolved through a relationship of precedence called the Collision Law. In a third moment, information about abortion, its concept in different areas (religion, medicine, law) and its typification in the Penal Code is brought. Finally, the article deals with Supreme Court rulings on abortion and correlates them with Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights. The article concludes that Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights can be used as a standard by the judge in cases involving Fundamental Rights, including abortion.

Keywords: Fundamental Rights Theory. Robert Alexy Abortion. Federal Court of Justice.

¹Discente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: janainaaraujo1200@gmail.com

²Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA e em Psicologia pela Faculdade Leão Sampaio. Docente do curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio - UNILEÃO. Email: joseanequeiroz@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O homem ao nascer traz consigo direitos que são inerentes a sua condição humana, mas que são limitados quando em confronto com os direitos de outros. Diante dessa situação esses direitos naturais do homem foram reconhecidos em documentos para que fossem regulados e aplicados de maneira que garanta a satisfação a todos e intitulados como Direitos Fundamentais, ante a sua crucial importância na garantia da dignidade humana do indivíduo.

Ocorre que esses Direitos, devido seu grau elevado de abstração e importância, não raro entram em confronto, requerendo do sistema jurídico mecanismos adequados e eficazes de resolvê-lo, proporcionando segurança jurídica. É nesse contexto que Robert Alexy desenvolve a sua Teoria dos Direitos Fundamentais que possui como uma de suas finalidades o estabelecimento de critérios racionais para a tomada de decisão de forma ponderada nesses tipos de conflito.

Partindo desta problemática, considera-se que o aborto é tema de grande relevância e que ocasiona debates complexos, uma vez que o assunto engloba diversas áreas, como, por exemplo, a econômica, social e religiosa. Sendo também uma questão de saúde pública, além de trazer à tona um choque de direitos fundamentais, pois confronta os direitos de autodeterminação, integridade física e psíquica e saúde reprodutiva da mulher, com o direito à vida do nascituro, trazendo a necessidade de tomar a difícil decisão sobre qual Direito deve prevalecer.

Tendo em mente a importância atual dos Direitos Fundamentais e sua relevância para o constitucionalismo democrático, convém analisar como a Teoria de Robert Alexy pode contribuir para decisão acerca da colisão entre Direitos Fundamentais relacionados ao aborto. Portanto, elegeu-se como problema desta pesquisa o seguinte: Como a colisão dos Direitos Fundamentais atinentes à questão do aborto pode ser analisada a partir da aplicação da teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Robert Alexy a decisões do Supremo Tribunal Federal?

É com base nessas reflexões que esta pesquisa objetiva verificar a partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto como a colisão entre Direitos Fundamentais poder ser solucionada de acordo com a teoria de Robert Alexy.

Para tanto, o artigo inicia apresentando breves considerações acerca do conceito, desenvolvimento e características dos Direitos Fundamentais, em seguida apresenta os principais aspectos da Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Robert Alexy, assim

como problematiza a questão do aborto para, por fim, realizar uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do aborto sob a ótica da teoria do Robert Alexy.

2 METODOLOGIA

Este trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica realizada em livros de doutrina jurídica acerca dos Direitos Fundamentais e, de modo mais específico, na obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (1985), como também pesquisa documental em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF relacionada ao aborto, quais sejam: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 – ADPF54 e *Habeas Corpus* número 124306 do Estado do Rio de Janeiro – HC124306. (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

Esta Jurisprudência foi coletada por meio de pesquisa virtual no banco de dados de jurisprudência disponível no site do STF (Endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>) no dia 10 de outubro de 2019 através do buscador “aborto” e “Direitos Fundamentais”. Foram encontrados 42 resultados, sendo: 7 acórdãos, 25 decisões monocráticas, 2 decisões da presidência e 8 informativos.

Após leitura dos resultados obtidos, foram excluídos os documentos que não contemplavam o aborto como temática principal ou que não tratava do assunto sob o enfoque de colisão de Direitos Fundamentais. Por fim, foram selecionadas duas decisões que ganharam notoriedade especialmente por provocarem os ministros do STF a se pronunciarem diretamente sobre o aborto, quais sejam: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 – ADPF 54 e o *Habeas Corpus* de número 24306 proveniente do Estado do Rio de Janeiro – HC 24306.

Os resultados obtidos através das pesquisas mencionadas, foram organizados e analisados numa abordagem qualitativa de cunho dialético, onde foram cruzadas as formulações teóricas de Robert Alexy e as Decisões do Supremo Tribunal Federal que se relacionam à colisão de Direitos Fundamentais na questão do aborto, para ao final extrair síntese que aponte como referida teoria pode servir de base para resolução de conflitos de Direitos Fundamentais. (LAKATOS; MARCONI, 2017, p.73-83).

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta sessão serão apresentados aspectos básicos para compreensão dos Direitos Fundamentais, considerando que compreender o surgimento, características, fundamento e dimensões desses direitos é essencial para que se alcance o objetivo desta pesquisa.

Inicialmente para a compreensão do conceito dos direitos fundamentais é crucial mencionar a discussão envolvendo a utilização das expressões direitos do homem, direito fundamental e direitos humanos. Poderiam tais expressões serem usadas com o mesmo sentido?

Segundo Bonavides

Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém, o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita a preferência dos publicistas alemães. (BONAVIDES, 2012, p. 578)

A Constituição Federal Brasileira de 1988 utiliza o termo direitos fundamentais (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) para referir-se a todas as espécies de direitos inerentes à condição humana positivados em seu texto. Nesse sentido, doutrinadores também adotam o termo direitos fundamentais para se referir aos Direitos Humanos positivados nos documentos constitucionais dos Estados. O constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, por exemplo, esclarece que

Direitos Humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez, já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito essencial de proteção dos animais.

(...)

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17. (SILVA, 2005, p.176 – grifo no original)

Pode-se diferenciar ainda os termos em comento para fins pedagógicos como sendo os “direitos do homem” ou “direitos naturais” aqueles inerentes à condição humana (*jusnaturalismo*), “direitos humanos” aqueles consubstanciados nos tratados e convenções internacionais e os direitos fundamentais como os direitos devidamente reconhecidos no ordenamento jurídico (*juspositivismo*), mais especificamente direitos positivados nas Cartas

Magnas. (SARLET, 2015). Nesse mesmo sentido, outros doutrinadores diferenciam os termos em comento, por exemplo, George Marmelstein

Para ser mais claro, os direitos do homem possuem um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Não seriam propriamente direitos, mas algo que surge antes deles e como fundamento deles. Eles (os direitos do homem) são a matéria-prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados. Outro conceito importante que geralmente é confundido com os direitos fundamentais é a ideia de direitos humanos, expressão utilizada para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional. Quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão direitos humanos ao invés de direitos fundamentais. Falar em tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos. Do mesmo modo, à luz dessa classificação, não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na Constituição. (MARMELSTAIN, 2019, p.24)

Diante das diferenciações terminológicas apresentadas, adota-se neste trabalho a concepção defendida por Marmelstain acima exposta, o que leva à possibilidade de definição dos Direitos Fundamentais como sendo aqueles direitos da espécie humana positivados em texto de ordem superior dentro de um Estado. Nas palavras do referido autor, ficam conceituados como sendo as “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”. (MARMELSTAIN, 2019, p.24)

Então, nesta perspectiva, superada a discussão do conceito dos Direitos Fundamentais, convém refletir sobre o desenvolvimento e as características desses direitos. A doutrina constitucionalista costuma apontar como um dos primeiros documentos que contribuiu de forma relevante para a conquista dos direitos fundamentais atuais, a Magna Carta de João Sem-Terra, datada de 1215, pois ela abordava em seu conteúdo determinações que foram consagradas em princípios como, por exemplo, o devido processo legal, o princípio da legalidade e da irretroatividade da lei.

Entretanto, as contribuições trazidas por este documento foram restritas em virtude de possuir diretrizes de proteção da dignidade humana e outros benefícios apenas para barões, reis, indivíduos detentores do poder e do dinheiro naquela época, ou seja, trazia vantagens para uma pequena parcela da sociedade enquanto o restante da população não usufruía de tais benefícios. (MARMELSTEIN, 2019).

Além da Magna Carta de João Sem-Terra, existiram diversos outros documentos que também contribuíram para transformação dos direitos naturais em direitos fundamentais, podendo-se mencionar: a declaração do Povo da Virgínia, de 1776 (Revolução Americana) e a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (revolução Francesa) de 1789. Segundo Sarlet,

por exemplo, a declaração do Povo da Virgínia “é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.” (2015, p. 41), enquanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 foi

[...] fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. (SARLET, 2015, p. 43)

Adentrando um pouco mais na trajetória de desenvolvimento dos direitos fundamentais consta que a mesma foi marcada por adversidades, como as Grandes Guerras Mundiais, por exemplo. Mas esses momentos sombrios de conflitos mundiais, acabaram por conduzir à elaboração de um documento que pela primeira vez reunia os direitos naturais e universais inerentes ao ser humano destinados a todos sem distinção e aprovados pela maioria dos governantes dos Estados. Este documento é a Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a qual representa um importante marco no reconhecimento desses direitos em âmbito internacional. (BOBBIO, 2004)

As ideias contidas na DUDH contribuíram posteriormente para a edição de diversos outros documentos reconhecedores dos direitos fundamentais, bem como alterou a égide do Estado que passou a sofrer limitações, uma vez que se torna também agente e instrumento garantidor da efetivação dos direitos fundamentais. (Bobbio, 2004). Mas, a contribuição da DUDH para a história dos direitos fundamentais perpetua-se no tempo, como esclarece Bobbio ao afirmar que

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta de direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas ela concreta, dos direitos positivos universais. Quando digo que “contém em germe”, quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. (BOBBIO, 2004, p.50)

Considerando que não se visa aqui esgotar os acontecimentos relacionados ao processo de construção dos Direitos Fundamentais, mas sim apresentar de forma resumida os fatores cruciais para sua compreensão, insta ressaltar ainda e um desses fatores que é a classificação de gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Marmelstain em sua obra Curso de Direitos Fundamentais, explica que se atribui à Karel Vasak a primeira iniciativa em organizar esses Direitos em gerações:

Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim: a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTAIN, 2019, 38)

É importante explicar que alguns autores usam a palavra “gerações” quando analisam o progresso dos direitos fundamentais, que é o caso de George Marmelstain acima referido e de Paulo Bonavides, já outros aderem ao vocábulo “dimensões”, pois defendem que este termo afasta a compreensão errônea trazida pelo vocábulo “gerações” de que os direitos fundamentais existentes vão sendo substituídos com o surgimento dos novos que compõem a fase seguinte de categoria dos direitos fundamentais, um desses autores é o Ingo Wolfgang Sarlet. (SARLET, 2015)

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão seriam aqueles que decorrem da individualidade do homem como ser natural, inerentes a sua existência, ligados à base teórica do jusnaturalismo e que, portanto, dispensam uma ação positiva do Estado para que sejam garantidos. São exemplos de Direitos desta dimensão o direito à vida e à liberdade. (SARLET, 2015). Paulo Bonavides, em complemento de informações, expressa, que

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, aquela fase inaugural do constitucionalismo do ocidente. (BONAVIDES, 2012, p. 581).

Já na segunda dimensão dos Direitos Fundamentais a atuação do Estado deve ser positiva de modo que este é o instrumento de realização desses direitos. Nessa categoria estão os direitos sociais, saúde, educação, dentre outros. (SARLET, 2015). Ou seja, ao contrário do que ocorre nos direitos de primeira dimensão, onde se espera do Estado uma ação negativa que possibilite ao cidadão gozar de suas liberdades, nos direitos de segunda dimensão, defende-se a necessidade de um Estado prestacional que atue no sentido de proporcionar o acesso de todos aos direitos sociais.

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não

se podem separar, pois fazê-lo, equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2012, p. 582).

A terceira dimensão alberga os direitos influenciados pelas transformações tecnológicas, bem como as alterações sofridas pelo segundo pós-guerra, possuindo como detentores a coletividade, no sentido global, pois busca a proteção ao meio ambiente, garantindo uma vida saudável e digna.

Os direitos que compõem essa dimensão são chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, uma vez que para sua concretização exige-se a participação e empenho universal perpassando a titularidade do indivíduo, sendo assim, direitos de todos para todos. (SARLET, 2015). Paulo Bonavides também contribui para a compreensão desta dimensão de direitos fundamentais afirmando que

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito a paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (...) Admite que a descoberta e a formulação de novos direitos são e sempre um processo sem fim, de tal modo que quando “um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas”. Com base nessa constatação, proclama o jurista a adequação e a propriedade de linguagem relativa ao reconhecimento de três gerações de direitos fundados no princípio da solidariedade. (BONAVIDES, 2012, p.588)

Alguns autores cogitam a possibilidade de existência de uma quarta dimensão, já outros, lecionam no sentido de sua concretude, como Bonavides que afirma que “São direitos da quarta geração o direito a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”. (2012, p. 590).

Conclui-se que, apesar dos Direitos Fundamentais estarem divididos em dimensões para alguns ou gerações para outros, isso não significa que um direito que faz parte da segunda dimensão possa se sobrepor aos direitos que ocupam a primeira dimensão, ou o inverso, pois ambos são ligados entre si, por exemplo, o direito à vida está interligado ao direito a saúde.

Dito de outra forma, todos os Direitos Fundamentais são baseados em valores concernentes à dignidade humana e, portanto, não há hierarquia entre eles, estes não podem sofrer limitações entre si, nem tampouco é possível que um direito fundamental seja aplicado em desvantagem a outro, pois todos possuem a finalidade precípua de garantia de uma vida digna. (MARMELSTAIN, 2019).

Mas, se houver colisão na aplicação dos Direitos Fundamentais? Qual prevalecerá? Como solucionar? É o que se busca analisar no próximo tópico com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Nas democracias constitucionais modernas, verifica-se a positivação de um rol de Direitos Fundamentais que devem servir de guia para as ações públicas (eficácia vertical dos Direitos Fundamentais) e particulares (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais) (MARMELSTAIN, 2019). Esses Direitos, por estarem no campo dos princípios, por vezes entram em confronto, necessitando de uma decisão judicial que estabeleça seus contornos e possibilidades de efetivação.

Neste contexto, os Tribunais Constitucionais e o Poder Judiciário de uma forma geral não podem decidir de modo arbitrário ou conduzido por pressões políticas e sociais. Necessário se faz construir um esquema de discricionariedade que torne racional o processo de solução de casos envolvendo Direitos Fundamentais em confronto.

Robert Alexy, é um jurista contemporâneo, nacional da Alemanha e que propõe uma teoria acerca dos Direitos Fundamentais que busca servir de parâmetro para a tomada de decisões em conflitos de Direitos Fundamentais. Ele também reflete sobre a argumentação jurídica, sobre as relações entre Direito e Moral e sobre a teoria do discurso aplicada ao Direito. Sendo classificado como pós-positivista, o referido teórico elaborou em 1985 a obra Teoria dos Direitos Fundamentais, a qual é uma das referências principais desta pesquisa. (AMORIM, 2005, p. 124)

Em sua obra, Robert Alexy explica que os direitos fundamentais podem ser classificados em sentido estrito como regra e em sentido amplo como princípio, sendo estes categorizados como espécies do gênero norma, pois tanto um quanto outro impõem uma conduta a ser realizada, seja uma obrigação, uma anuência ou ainda um impedimento. Casos concretos são solucionados a partir da aplicação de regras e princípios. (ALEXY, 2003)

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy possui como finalidade essencial discernir regras e princípios, pois a ausência deste discernimento influenciaria na existência de teorias referentes à colisão e restrição dos direitos fundamentais, bem como em teoria acerca da função dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. O discernimento entre regras e princípios

é uma das peças principais na construção da teoria dos direitos fundamentais para este autor, conforme pode-se observar em suas palavras:

Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como "princípios". Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta. Como será visto, isso ocorre, por exemplo, quando se fala em valores,' objetivos,' fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo.' Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei,' ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões. O que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. (ALEXY, 2006, p. 86).

O autor faz menção a três formas de discernimentos entre regras e princípios defendidas por alguns estudiosos que, baseando-se no critério quantitativo para realizar esta distinção, assim nomeado pois diferenciam os princípios das regras a partir da intensidade de imprecisão, generalidade e discricionariedade de cada um, ou seja, entendem serem os princípios mais gerais, mais imprecisos, mais propensos à discricionariedade do que as regras.

Porém, adverte Alexy (2006), que existem regras que são mais imprecisas do que princípios, por exemplo, o princípio de combate ao terrorismo e ao racismo é mais específico do que regra constante no código penal que traz como requisito de reabilitação do condenado o bom comportamento privado e público, este requisito é muito amplo e poderá receber diferentes significados.

Nestas formas de discernimentos, onde os princípios são considerados como tipos de normas vagas, normas mais abertas do que as regras, eles estariam mais suscetíveis a receber variados sentidos em suas diversas interpretações, bem como serem considerados mais gerais do que as regras. Porém, a lei não é destinada a um titular específico, a lei é para todos, portanto é também geral, não sendo possível mensurar quem é mais geral: se os princípios ou as regras.

A título exemplificativo, pode-se citar o princípio institucional do Ministério Público contido na Constituição Federal, o qual possui como titulares específicos os membros do Ministério Público, não podendo, portanto, estender-se aos cidadãos comuns. Isso reforça a ideia apresentada por Robert Alexy (2006) de que a distinção entre regras e princípios a partir do critério quantitativo já foi superada e não deve ser mais utilizada.

Alexy (2006) traz ainda três temáticas de diferenciação baseadas no exposto anteriormente. A primeira defende ser impossível a segregação das normas em categorias de princípios e regras, em virtude da multiplicidade de sentidos que estão atrelados ao termo

normas. Uma segunda temática defende que pode haver a segregação das normas em espécies princípios e regras, porém tão somente distinguidos a partir do critério grau. E, por fim, uma terceira temática que defende a possibilidade de segregação de normas em regras e princípios, não apenas distinguindo-os gradativamente, mas utilizando nesta distinção critérios qualitativos.

Alexy (2003) considera a terceira temática a mais adequada, uma vez que é desenvolvida a partir de elementos qualitativos os quais possibilitam um discernimento preciso entre regras e princípios. Alicerçado, portanto, no critério qualitativo, ele desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais, onde apresenta as formas de distinção entre regras e princípios, alicerçado nas ideias trazidas por Ronald Dworkin (2002) na sua teoria de regras e princípios.

O jurista americano Ronald Dworkin (2002) explana que a interpretação jurídica adequada consiste na fundamentação na moral que perfaz as normas de uma sociedade. Segundo ele, essas normas podem ser segregadas em regras e princípios, mas aduz que estes possuem estruturas lógicas heterogêneas, já a regra quando válida deve ser aplicada em sua totalidade, caso contrário, deve ser declarada inválida e ser retirada do ordenamento jurídico, caracterizando a lógica do tudo ou nada, regra válida aplica no todo, regra inválida não aplica em nada. Outra característica da regra apontada por esse jurista é a possibilidade de enumeração de todas as exceções consistentes em uma regra.

Quanto ao princípio, este não poderia possuir as mesmas características atribuídas às regras, pois jamais poderia ser aplicado no tudo ou nada, mas sim a partir da dimensão do peso ou importância. Ou seja, alguns princípios prevalecerão em relação a outros quando atribuídos à solução de um caso concreto, porém isso não significa que os princípios preteridos naquele caso concreto específico não seja axiologicamente importante e tenha que ser abominado do ordenamento jurídico, a despeito do que aconteceria com as regras, pois o que determinará a relevância de um princípio serão as circunstâncias e o contexto em que será aplicado no caso concreto. Dito de outro modo, um princípio não exclui o outro. (DWORKIN, 2002)

A teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy pode ser considerada uma continuidade da teoria de Dworkin, posto que aquele apresenta um desdobramento sofisticado das ideias desenvolvidas por este, acrescentando critérios de distinção. Ele inova e traz que os princípios são mandamentos de otimização, isso significa que os princípios são determinações jurídicas (autorizam ou impedem algo) que visam o cumprimento mais pleno possível das orientações contidas em seu teor e que seu descumprimento acarretaria em consequências danosas, porém estes não serão satisfeitos integralmente, mas sim em graus variados, pois os princípios sofrem interferências de ordem fática (problemas reais, empíricos) e de ordem jurídica (princípios ou

regras colidentes com determinado princípio que seria aplicado de forma plena isoladamente). (ALEXY, 2006).

Exemplificando o acima exposto, tem-se à tutela a saúde diante de uma doença grave a qual deverá o Estado custear tratamento no exterior, visto ser obrigação a garantia de saúde do cidadão amparado pelo princípio da dignidade humana e o Estado sofre limitações jurídicas devido ao princípio da reserva do possível que estipula um orçamento financeiro com os possíveis gastos com a saúde. Conseqüentemente haverá uma colisão entre o princípio da dignidade humana e o princípio da reserva do possível. Já uma limitação fática para esse caso seria a ausência de um tratamento para a doença.

Portanto, para Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o grau de satisfação do princípio não é determinado pelo próprio princípio, pois este não possui um mandamento definitivo, quando cita-se o princípio da dignidade humana o conteúdo desse princípio será estabelecido de forma contextualizada através das razões e contrarrazões envolvidos em sua aplicação.

Os princípios não serão cumpridos em sua dose máxima, mas também não podem deixar de serem aplicados minimamente, pois impedirão que princípios opostos sejam criados. Já quanto às regras, Alexy compartilha do entendimento de Dworkin, afirmando que apresentam razões definitivas e, portanto, poderão ser satisfeitas ou não: se válida devem ser aplicadas na medida de sua exigência, caso contrário não será possível sua aplicação.

As regras estabelecem uma conduta, seja de ação ou omissão, através de uma ordenação certa, a regra deve ser cumprida exatamente como ordena, nem mais, nem menos. Para Alexy, enquanto que para os princípios seu grau de satisfação dependerá da colisão intraprincípios, ou seja, apenas o caso concreto indicará seu conteúdo, com a regra não ocorre dessa forma, uma vez que ao ler a regra é possível conhecer o seu conteúdo.

Desse modo, havendo colisão entre regras existem duas possibilidades de solução, uma será não aplicando uma regra válida por meio da introdução de uma cláusula de exceção, em outros termos, a regra é válida, possui ordenação certa, entretanto existe uma exceção. Outra hipótese é declarar uma das normas em conflito inválida. (FERREIRA, 2010)

Um exemplo é o embate entre uma regra que determina que apenas é possível alunos saírem da sala após o soar do sino e outra regra que autoriza a saída dos alunos da sala ao ser acionado o alarme de incêndio. Neste caso, a solução será a inserção de uma cláusula de exceção na primeira regra, possibilitando a saída dos alunos mediante o acionamento do alarme de incêndio. Não possível tal inserção, tem-se que apenas uma das regras poderá ser aplicada, enquanto a outra será preterida e eliminada do ordenamento jurídico. (FERREIRA, 2010).

Já no que se refere à colisão entre princípios, esta poderá ser solucionada através da técnica da ponderação, a qual consiste na aplicação do princípio mais relevante na solução do caso concreto. Ou seja, o princípio que mais “pesar” para resolver o caso concreto será o princípio utilizado, porém ao princípio que “ceder” não será atribuído uma cláusula de exceção, nem tampouco um dos princípios envolvidos no choque será declarado inválido, mas apenas o princípio com maior peso na solução do caso concreto possuirá precedência em relação ao princípio preterido. Contudo, uma vez modificadas as condições determinantes do caso concreto, as situações poderão inverter-se e o princípio que foi precedente pode já não ser mais. (FERREIRA, 2010).

Alexy (2006), com a finalidade de solucionar casos como o anteriormente detalhado, desenvolve a lei da colisão que consiste em uma análise por meio da ponderação dos princípios em conflito no caso concreto. Nas palavras do próprio autor:

Para poder explicá-lo com mais detalhes, os princípios colidentes no caso da incapacidade para participar de audiência processual serão chamados de *P*, (direito à vida e à integridade física) e *P2* (operacionalidade do direito penal). Isoladamente considerados, *P*, e *P2* levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si: *P* 1 levaria a "é proibido realizar a audiência", e *P2* a "é obrigatória a realização da audiência". Essa colisão pode ser resolvida ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Como símbolo para a relação de precedência deve ser usado o sinal **P**. Para as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro será utilizado o sinal *C*. Há, então, quatro possibilidades de decisão do caso a partir da solução de uma colisão entre princípios:

(1) *P1 P P2*.

(2) *P2 P P1*.

(3) (*P1 P P2*) *C*.

(4) (*P2 P2*,) *C*.

(ALEXY, 2006, p. 96).

Os itens 1 e 2 trazem uma análise onde os princípios são precedidos de forma isolada, o Direito à Vida e à Integridade Física representado por *P1* teria precedência e a audiência não seria realizada se não houvesse um embate com outro princípio. Assim como se o princípio da Operacionalidade do Direito Penal representado por *P2* fosse analisado isoladamente resultaria na obrigatoriedade da realização da audiência, pois não seria submetido a condição alguma. Já os itens 3 e 4 apresentam uma análise dos princípios a partir de interferências advindas do caso concreto, ou seja, o que determinará qual princípio terá precedência e qual irá ceder na resolução do conflito será a condição (c) mais relevante presente no caso concreto.

A solução obtida após o sopesamento entre os princípios em colisão resultará na criação de regra válida *R*, que poderá ser subsumida em um caso concreto que apresente as mesmas condições determinantes (c), ou seja, o mesmo suporte fático nesta ponderação e essa regra consistirá em Norma de Direito Fundamental atribuída. (ALEXY, 2006).

Diante da breve exposição aqui realizada da teoria dos Direitos Fundamentais do jurista alemão Robert Alexy, percebe-se que ele busca operacionalizar de modo consciente e sistemático o processo de reflexão a ser adotado diante de casos difíceis (*hard cases*) para o Direito (AMORIM, 2005, p.124), ou seja, naquelas situações onde o julgador precisa decidir qual direito fundamental deve prevalecer em relação ao outro.

5 O ABORTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O aborto é definido das mais variadas formas, segundo o Dicionário Aurélio (1988), a palavra aborto significa, “1 - Interromper o sucesso ou a continuação de algo; 2 - Expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade”.

Também pode se definir o aborto como “a expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar que ele venha a ter qualquer possibilidade de vida extra-uterina” (MOURA, 2010, p.10). Quanto à etimologia, verifica-se que a palavra aborto deriva do termo *ab-ortus*, que traduz a ideia de privar do nascimento, vez que, *ab* equivale à ideia de privação e *ortus* ao nascimento.

De acordo com o Ministério da Saúde (2009), aborto é a interrupção da gravidez pela morte do feto ou embrião, com menos de 0,5 kg ou 20 semanas de gestação, junto com os anexos ovulares. Pode ser espontâneo ou provocado, sendo este último também chamado de aborto induzido.

Já a Igreja Católica considera o termo “interrupção da gravidez”, utilizado pela medicina e outras áreas para conceituar o aborto, apenas como uma forma de rebuscar a sua verdadeira natureza e diminuir a relevância do tema para a opinião pública. Neste sentido, a Igreja Católica refuta a estipulação de fase gestacional ou idade do feto como critério para a existência ou não de aborto, uma vez que considera o surgimento de uma nova vida humana com a fecundação do óvulo. Portanto, a referida Instituição conceitua o aborto, vale ressaltar, o aborto provocado, como “a morte deliberada e directa, independentemente da forma como venha realizada, de um ser humano na fase inicial da sua existência, que vai da concepção ao nascimento”. (IGREJA CATÓLICA, 1995, P.48).

Para a ética, a questão primordial envolvendo o tema do aborto consiste no conflito entre o respeito à autonomia individual e o valor da vida humana intrauterina. Para o Direito, partindo do conceito doutrinário de Mirabete (2005, p. 93), o aborto consiste

na interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto

(após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

O autor jurista classifica o aborto em espontâneo ou natural, quando ocasionado por problemas de saúde da grávida, acidental decorrente de alguma queda, atropelamento e ainda em aborto provocado, este último considerado crime no ordenamento jurídico nacional. Ainda de acordo com a doutrina jurídica pátria, mais precisamente para Damásio de Jesus (2013, p. 151), o aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção).

É notório o quão complexo é o tema em estudo, pois distintos são os conceitos destinados ao aborto, bem como as divergências acerca de qual a idade gestacional do feto para que a gravidez seja interrompida para ser considerado aborto. A idade gestacional considerada pela medicina não condiz com a considerada pela religião, nem tampouco com a considerada juridicamente, uma vez que recentemente, o Supremo Tribunal Federal, considerou a ocorrência do crime de aborto somente quando a interrupção voluntária da gravidez ocorrer após os três primeiros meses de gestação. (STEINMETZ; RECKZIEGEL, 2017).

Em suma, a prática abortiva encerra a gestação impedindo o nascimento do feto ainda em formação, independente de qual fase se encontre, se ele for retirado do útero antes de completado os 9 (nove) meses, será considerado como aborto.

Antes de encerrar as considerações sobre o conceito de aborto, vale mencionar outro assunto relacionado ao tema, alvo de calorosas discussões, que é o concernente à aplicação dos termos abortamento e aborto. Verifica-se a utilização do primeiro como indicação ao ato de abortar, enquanto o segundo se referiria ao produto da interrupção da gravidez.

Ainda conforme De Jesus (2013, p.151) abortamento indica a conduta de abortar e tem mais significado técnico do que a expressão aborto, que se refere ao produto da concepção da gravidez que foi interrompida, porém esta última é habitualmente usada, inclusive foi a adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Por falar em Código Penal, vale lembrar o que dispõe o tipo penal de aborto que ele apresenta. Localizado no título I da parte especial, intitulado “Crimes contra a Pessoa”, no capítulo I dos “Crimes contra a Vida”, os artigos 124 a 128 apresentam as diferentes modalidades de crime de aborto, seguido da qualificadora e das excludentes de ilicitude.

Apesar das disposições legais supramencionadas, surgidas no ordenamento pátrio desde a década de 40 (haja vista o código penal datar de dezembro de 1940), o aborto suscita grande

debate social, fruto de divergências de opiniões profundas na sociedade decorrentes de opiniões e convicções políticas, religiosas, científicas das mais variadas.

Acredita-se que o aborto é tema tortuoso no Direito, pois envolve diferentes tipos de Direitos Fundamentais com diferentes titulares que acabam por entrar em colisão. Quanto à mulher gestante, fala-se de direitos reprodutivos, autodeterminação, direito à integridade física e psíquica, entre outros. Quanto ao feto, identifica-se o direito fundamental à vida e dignidade.

Diante disso, a temática da criminalização do aborto no Brasil já adentrou na pauta do Supremo Tribunal Federal, representando verdadeiro *hard case* a ser enfrentado pelo Tribunal, o que suscitou sua análise com base na doutrina dos Direitos Fundamentais do Robert Alexy.

6 REFLEXÕES ACERCA DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS AO ABORTO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY COM BASE EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A conduta de interrupção da gravidez é tipificada como crime no Código Penal Brasileiro – CPB - de 1940, o qual também traz exceções à ação abortiva nos casos em que a vida da gestante estiver em risco ou ainda quando a gestação for resultado de estupro. Entretanto, o crime de aborto deve ser considerado numa perspectiva jurídica para além da norma positivada no Código, pois acontece que em decisões de casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal novas regras foram criadas.

A decisão que ganhou maior relevância e repercussão tomada pelo STF com relação ao crime de aborto foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, número 54, essa ADPF autorizou a interrupção de gestação de feto anencéfalo. Por oito votos a dois, os ministros decidiram como sendo inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez em casos de feto anencéfalo poderia ser tipificada como crime de acordo, conforme os Artigos 124, 126, 128, I e II do Código Penal. (STF, 2004).

A referida ADPF foi formalizada pela confederação nacional dos trabalhadores de saúde representada por Luiz Roberto Barroso, em junho de 2004. A tese da defesa foi pautada que ao considerar como crime a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos ocorreria violação ao princípio da Dignidade humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como o direito a saúde da mulher. A ADPF possuiu como relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

Alegaram ainda a impossibilidade da aplicação dos Artigos do Código Penal referentes ao aborto em detrimento de princípios constitucionais por juízes e tribunais. A confederação objetiva através da ADPF a antecipação terapêutica dos partos em casos de feto anencéfalo.

A anencefalia é a malformação congênita do feto, pois este não possui crânio e encéfalo, pois mesmo que a gestação complete o período de 09 (nove) meses ainda assim as chances de sobrevivência do nascido é de poucos dias e por isso mesmo diante dessa informação não ocorrerá aborto uma vez que não existe possibilidade de continuidade de vida.

O Ministro Marco Aurélio que foi relator na ADPF 54 votou pela não tipificação de aborto de feto anencéfalo, pois nesses casos não há vida, enquanto que segundo ele os danos seriam maiores para a saúde física e psíquica da mulher, caso houvesse a continuidade da gestação.

Outra decisão relevante a ser considerada refere-se ao Julgamento do Habeas Corpus - HC124.306/RJ impetrado pelos proprietários de uma clínica onde possivelmente eram realizados abortos clandestinos. Os pretensos proprietários da clínica (Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira) foram presos em flagrante delito juntamente com corréus acusados de estarem incursos nas condutas de aborto provocado mediante autorização da gestante e formação de quadrilha tipificadas sucessivamente nos Artigos 126 e 288 do CPB, em concurso material, quatro vezes.

Os custodiados tiveram a liberdade provisória deferida, porém ante tal decisão, o Ministério Público do Rio de Janeiro interpôs Recurso em Sentido Estrito visando a manutenção dos acusados em cárcere através da decretação da prisão preventiva, medida essa que foi acatada pela 4ª câmara criminal considerando ser imprescindível a custódia dos acusados para a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal. (STF, 2016).

Posteriormente, foi impetrado no STF um novo HC 290.341/RJ, entretanto não foi conhecido pela 6ª turma que considerou que a prisão dos acusados possui fatores concretos ratificando o que foi apresentado pelo Tribunal *a quo* em relação as circunstâncias configuradoras do crime.

O Relator do remédio constitucional foi o Ministro Marco Aurélio e em seu voto admitiu o HC, bem como foi favorável a concessão da liberdade provisória aos pacientes e pela conversão em definitiva da liminar deferida, pois entende que a investidura dos pacientes em fugirem do flagrante encontra respaldo no Art. 8º, II, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a produção de prova contra si mesmo, ou seja, impede a auto incriminação, fazendo menção ainda que a liberdade dos acusados não trará danos ao trâmite processual, pois compareceram em audiência, apesar de já estarem em liberdade.

Voto relevante no HC 124.306/RJ foi o voto-vista do Ministro Roberto Barroso, inicialmente fez um requerimento pela extinção do processo sem adentrar ao mérito, pois o HC

não é possível processualmente, tendo em vista que não é possível que este substitua Recurso Ordinário Constitucional, em virtude de jurisprudências unânimes da turma nesse sentido.

Em análise ao inteiro teor do HC 124.306/RJ verifica-se ainda que o Ministro Barroso traz argumentos para defender a não tipificação da interrupção da gravidez nos 03 (três) primeiros meses como crime, dentre os quais temos a violação a Direitos Fundamentais da mulher, quais sejam, violação a autodeterminação da mulher, no sentido de que amparada pelo princípio da dignidade humana cabe a mulher escolher livremente sobre os aspectos de sua vida, incluindo aqui a continuidade ou não de uma gestação, bem como atinge a integridade física e psíquica da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos, a violação da igualdade de gênero e ocasiona a discriminação social e ainda o impacto desproporcional sobre mulheres pobres, esses direitos elencados entram em colisão com o direito a vida potencial do feto.

O Ministro Barroso considerando a vida potencial do feto trouxe á tona a discussão se a conduta praticada ensejaria crime, pois questiona se o bem jurídico tutelado é viável, ora, a vida potencial do feto é relevante, porém o Ministro traz dois posicionamentos opostos defendidos por estudiosos referente ao início da vida potencial do feto, o primeiro defende que a vida potencial do feto atrela-se a fecundação espermatozoide/óvulo, já o segundo posicionamento defende que a vida potencial do feto surge com a formação completa do sistema nervoso central, o que só é possível quando decorridos os 03 (três) primeiros meses de gestação.

Têm-se nos argumentos do Ministro Barroso uma colisão entre os direitos fundamentais da mulher e o direito à vida do feto, que conforme Vieira (2017) esse embate poderá ser solucionado através de uma verificação do caso concreto em concordância com as ideias de Robert Alexy desenvolvidas em sua teoria dos Direitos Fundamentais (tópico 2), que objetiva por meio da ponderação entre os princípios a obtenção de uma regra válida que possa ser aplicada em casos que apresentem as mesmas condições.

A ponderação entre os princípios é possível através da lei de colisão desenvolvida por Alexy na Teoria dos Direitos Fundamentais, a qual consiste em sopesar um princípio (P1) em conflito com outro princípio (P2) através de uma relação de precedência (P) analisados de forma incondicionada ou condicionada (C), que como resultado obtêm-se uma regra válida (R). Esse esquema pode ser melhor representado a partir das seguintes fórmulas:

$$R = P1 \text{ P } P2 \text{ ou}$$

$$R = (P1 \text{ P } P2) \text{ C}$$

Para este caso em estudo será utilizada a fórmula condicionada (P1 P P2) C, onde P1 será o Direito Fundamental de autodeterminação da mulher e P2 o Direito à vida do feto. P é a relação de precedência e a condição (c) do caso concreto será um dos dois posicionamentos

aqui explanados sobre o início da vida em potencial do feto, se imposta a condição de que o início da vida em potencial do feto se dá com a fecundação, então terá maior peso o princípio do direito à vida em potencial do feto e esse terá precedência resultando em uma consequência jurídica de criminalização do aborto, ou seja, originando a regra de que em casos com essas mesmas condições serão solucionados pela regra de que o aborto é crime e portanto o HC não pode ser concedido.

Já, se ao invés de impor a condição acima for imposta a condição de que a vida em potencial do feto tem início apenas com a formação do sistema nervoso central que ocorre após atingidos os 03 (três) primeiros meses de gestação, então, nessa situação o princípio P2, a vida do feto terá precedência sobre P1 e será possível a prática abortiva até os primeiros 03 meses de gestação e tal conduta não será tipificada como crime originando uma regra que poderá sanar novos embates entre conflitos que possua a mesma condição e portanto é possível o deferimento do aborto.

O voto do Ministro Barroso foi pela concessão de ofício do Habeas Corpus, pois acatou o posicionamento que o início da vida se dá com a formação do sistema nervoso quando concluídos as 12 semanas de gestação, então antes desse período não há que se falar em vida, não havendo aborto.

Já aplicando a mesma lógica da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy na primeira decisão da ADPF – 54 – ao voto do relator – Ministro Marco Aurélio teríamos P1 como sendo os Direitos da mulher, P2 o direito à vida do nascituro e a condição C o feto não possuir massa encefálica, então, de acordo com o voto do Relator Marco Aurélio obtêm-se uma regra de direito atribuído (R) que consiste na não criminalização do aborto em casos em que o feto seja anencéfalo. Tal regra poderá ser aplicada em casos concretos que possuam semelhantes condições, criando assim um novo precedente de exceção ao crime de aborto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o objetivo deste trabalho que foi verificar como a colisão entre Direitos Fundamentais constantes em decisões do Supremo Tribunal Federal atinentes ao aborto podem ser analisadas a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, a pesquisa bibliográfica realizada permitiu que fossem apresentadas breves considerações sobre os Direitos Fundamentais, através das quais foi possível compreender que a expressão direitos do homem refere-se aos direitos inerente ao ser humano, sendo que Direitos Humanos são o

direitos positivados nos documentos internacionais e Direitos Fundamentais são aqueles direitos reconhecidos nos documentos constitucionais dos Estados.

Posteriormente realizou-se uma explanação dos principais aspectos apresentados por Robert Alexy na sua obra Teoria do Direitos Fundamentais (1985), onde se percebeu que o autor compreende que as normas de Direitos Fundamentais podem ser classificadas como regras e princípios, sendo espécies do gênero normas.

Também se destacou o fato de que ele acredita que havendo colisão entre regras será possível saná-las aplicando a regra válida e excluindo do ordenamento jurídico a regra preterida ou criando uma cláusula de exceção, já ocorrendo colisão entre os princípios será sanada por meio da Lei de colisão, realizando uma relação de precedência entre os princípios, e será aplicado ao caso concreto o que possuir maior “peso”.

Discutiu-se também que as complexidades das relações da atualidade ocasionam constantemente conflitos entre os Direitos Fundamentais e um caso que provoca bastante embate é do aborto. Baseado nisso em um terceiro momento foi apresentado o conceito de Aborto e sua tipificação como crime no código Penal, possuindo exceções nos casos em que o aborto for realizado pelo médico diante do risco de vida consentido pela gestante, bem como em casos de gestação decorrente do crime de estupro.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado suas decisões atinentes ao aborto, passando a considerar outras exceções à criminalização do aborto. Baseado nesta informação, por fim, neste trabalho foi feita uma análise de duas decisões do STF: a ADPF 54 e o HC124306/RJ.

A ADPF 54 acrescentou no ordenamento jurídico brasileiro mais uma excludente de ilicitude para o crime de aborto, qual seja, a possibilidade de abortar feto que esteja ausente de massa encefálica, conforme parecer médico especializado. Portanto, de acordo com a Lei da Colisão de Robert Alexy, a anencefalia constitui Condição de Precedência para que prevaleça, em casos concretos como esses, os Direitos Fundamentais da mulher em detrimento do Direito à vida do nascituro, que nesta hipótese apresenta menor peso.

Na decisão do *Habeas Corpus* 124.306/RJ, mais precisamente nos votos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Carlos Roberto Barroso, percebeu-se que os ministros deferiram o remédio constitucional, pois entenderam que o aborto realizado antes de completos os 03 (três) primeiros meses de gestação não pode ser tipificado como crime, vindo a criar um precedente que pode ser aplicado em casos concretos que apresentem o mesmo contexto.

Diante da pesquisa realizada e das reflexões acerca dos dados obtidos, pode-se concluir que o choque entre Direitos Fundamentais atinentes ao aborto poderá ser solucionado através

da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e o princípio que será precedente será aquele que trazer menos danos ao indivíduo. Contudo, insta ressaltar, que a interrupção da gravidez continua sendo crime e, portanto, quem praticar esta conduta deverá ser penalizado, porém é necessário considerar a importância de uma análise do caso concreto para que então seja feito um sopesamento e se possa aplicar a solução menos danosa aos Direitos Fundamentais dos sujeitos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas**. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf>. Acesso em: 01 out 2019.

ARNAUD, Livia Krause. Mulheres e abortos: negociando moralidades. Dissertação de Mestrado. **Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp059822.pdf>>. Acesso em: 25 nov.2018.

AURÉLIO. **Dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier e Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde: **20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil**. Disponível em: <<http://pesquisa.bvsalud.org/bvsms/resource/pt/mis-34233>>. Acesso em: 4 out 2019.

CANÁRIO, Catarina; FIGUEIREDO, Bárbara; RICOU, Miguel. Abortamento: enquadramento legal, Deontológico e Perspectiva Ética. Acta Med Port. 2011; 24(S4): 791-798. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/108126/2/183963.pdf>> Acesso em: 01 nov. 2019.

DE JESUS, Damásio. **Direito Penal – Parte Especial**. 33. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC - Minas**, v. 16, n. 16 (2018), p. 117 - 142, ago.2018. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290>>. Acesso em: 01 out 2019.

GEORGE, Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

JACOBSEN, Eneida. A história do Aborto. **Protestantismo em Revista**, RS, v.18, jan-abr, 2009. Disponível em: <file:///D:/DADOS/Downloads/2039-7917-1-PB%20(1).pdf >. Acesso em: 15 out 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 23. Ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2005.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e o seu impacto na saúde da mulher. **Senatus**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_a_borto_impacto.pdf?sequence=6>. Acesso em: 24 de nov.2018.

MOURA, Roberta Barbosa de. **Aborto: Direito, Moral e Religião**. 2010. 106 f. Trabalho de Conclusão Curso - Curso de Bacharel em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5250/1/robertabarbosademoura.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

PAULO II, João. **Encíclica *Evangelium Vitae***. Vaticano: Santa Sé, 1995. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/johnpaulii/pt/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_25031995_evangelium-vitae.pdf> Acesso em: 17 out.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de Aborto e Interrupção Voluntária da Gestaçao no Primeiro Trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 124.306. **Espaço Jurídico *Journal of Law* [EJLL]**, 18(3), 2017, 763-776. <https://doi.org/10.18593/ejll.16270>. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/16270>>. Acesso em: 17 out.2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54**. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 set 2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 Rio De Janeiro**. 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 14 out 2019.

VIEIRA, Giovana Araújo. **HC 124306 e a criação de um precedente**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60711/hc-124-306-e-a-criacao-de-um-precedente>>. Acesso em: 19 set. 2019.