



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO**

ELAINE LORENA OLIVEIRA CARDOSO

**(IN) VIABILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO
ABORTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

**ARACAJU
2023**

C237i

CARDOSO, Elaine Lorena Oliveira

(In) viabilidade de ampliação das excludentes de ilicitude do aborto no brasil : uma análise jurídico-constitucional / Elaine Lorena Oliveira Cardoso. - Aracaju, 2023. 19f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a): Prof. Esp. Marcel Ramos
Figueiredo

1. Direito 2. Aborto 3. Descriminalização
4. Constitucional I. Título

CDU 34 (045)

ELAINE LORENA OLIVEIRA CARDOSO

**(IN) VIABILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE
DO ABORTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE,
como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no
período de 2023.2.

Aprovado com média: *10 (DEZ)* .

Marcel F. Ramos

Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos

1º Examinador (Orientador)

Gilberto de Moura Santos

Prof. Dr. Gilberto de Moura Santos

2º Examinador

Anderson Teinassi Correia Santos Santana

Prof. Esp. Anderson Teinassi Correia Santos Santana

3º Examinador

(IN) VIABILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO ABORTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL*

Elaine Lorena Oliveira Cardoso

RESUMO

Esta pesquisa analisou se há possibilidade de ampliação das excludentes de ilicitude ao crime de aborto, disposto no artigo 128 do Código Penal/1940, através de uma perspectiva jurídico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais discriminados na Constituição Federal de 1988. Para tanto, evidenciou-se o percurso social e jurídico da mulher na sociedade brasileira. Relatou o surgimento da tipificação sobre o aborto no ordenamento jurídico nacional. Retratou através de estudo do acórdão da ADPF 54 à inclusão do aborto de fetos anencefálicos no rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto. Acompanhou os desdobramentos jurídicos quanto à ADPF 442, que tem como objeto central: interrupção voluntária da gravidez até a 12^a de semana de gestação. Realizou-se pesquisa online em formato de questionário, através da plataforma *google forms*, contendo 11 (onze) perguntas fechadas conexas ao tema aborto, utilizando o método de amostragem: aleatória simples. Constatou-se através do princípio da dignidade da pessoa humana, da teoria do desenvolvimento do sistema nervoso, da definição de post mortem da lei 9.434/1997 e da ADPF 54, que o conceito de vida se difere do conceito de vida humana. A metodologia científica utilizada para construção deste artigo objetiva ser aplicada, através de análise quali-quantitativa de dados e informações que tratam sobre conflitos entre garantias constitucionais e como solucioná-los. Por fim, a constitucionalidade do direito ao aborto possui relativa limitação, mas compreende a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Aborto. Descriminalização. Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o conceito e a evolução da temática do aborto no Brasil sob a perspectiva jurídico-constitucional. Abordar este assunto complexo, amparando-se nos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição de 1988. Ademais, a análise evidenciará como a prática do aborto se conecta diretamente com questões de saúde pública. Este trabalho de pesquisa objetiva apresentar argumentos jurídicos para enfrentar os paradigmas da atualidade que impedem a interrupção voluntária da gestação no Brasil.

Preliminarmente, será abordada a evolução histórica dos direitos fundamentais da mulher no Brasil, visto que o gênero feminino era considerado socialmente, fisicamente e juridicamente inferior ao gênero masculino, o que atribuía à mulher *status* de propriedade, primeiro do seu pai, depois do marido e sempre do Estado. Contudo, a Constituição Federal de

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em dezembro de 2023, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Esp. Marcel Ramos Figueiredo

1988 diz expressamente que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta constituição (art.5º, I). Jaz a primeira vez que formalmente em nosso ordenamento jurídico mulheres e homens são colocados como iguais em direitos e deveres.

Continuadamente, será posto em questão um dilema que se apresenta através do conflito entre os preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), cidadania (art. 1º, II, CF/1988); a não discriminação (art. 3º, IV, CF/1988); liberdade (art. 5º, caput, CF/1988); a igualdade (art. 5º, caput e I, CF/1988); a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante (art. 5º, caput e III, CF/1988); a saúde e o planejamento familiar (artigos 6º, caput, 226, § 7º, CF/1988) e os direitos sexuais e reprodutivos (decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade, art. 6º, caput, combinado com o art. 196, CF/1988) em detrimento da inviolabilidade da vida (art. 5º, caput, CF/1988).

Dessa forma, esta pesquisa visa analisar o progresso jurídico da tipificação do crime de aborto no Brasil. Do Código Criminal do Império de 1830 ao nosso atual Código Penal (1940). Entender como a ADPF 54 ampliou o rol das excludentes de ilicitude, garantindo o direito ao aborto em caso de fetos anencéfalos em um julgado do STF com repercussão geral (2012). Além de reflexionar sobre como a ADPF 442 que propõe a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação, ação proposta pelo PSOL em 2017 tem relevância com o tema deste artigo científico.

Este trabalho se desenvolve a partir do questionamento sobre os direitos e garantias fundamentais da mulher em ter autonomia para decidir se quer prosseguir ou não com a gestação. Para isto, há necessidade de coerência e sensibilidade nas normas, que objetivem de fato, justiça jurídica para quem gesta. Afim de que, os efeitos legais com relação a prática do abortamento ecoem equidade de gênero, pois como tratar com igualdade quando é somente quem possui útero que pode gestar? O Estado garantidor não fornece aparato de proteção (física e psicológica) à mulher que deseja interromper a gravidez, ao contrário, oferta uma política punitiva de encarceramento, prevista nos art. 124 e 126 do Código Penal, que não se demonstra suficiente e proporcional enquanto política pública de desestímulo à gravidez além de não assegurar justiça social reprodutiva.

Esta pesquisa objetiva contrastar as garantias constitucionais da mulher para decidir sobre o aborto através de análise jurídica da Dignidade da Pessoa Humana, com autonomia e a proibição da intervenção estatal arbitrária na esfera individual.

Portanto, este artigo utiliza metodologia científica aplicada, a partir de pesquisa metodológica e bibliográfica das obras de Dimoulis e Martins (2020), Sarlet (2010), artigos de Diniz (2018), emprego de questionário de pesquisa sobre a temática aborto para obtenção de

dados quantitativos e qualitativos, obtidos de forma aleatória simples e por vezes utilizando-se do método de procedimento histórico para evidenciar a correlata relação entre a mulher e o aborto. Desta maneira, o objetivo deste estudo é analisar juridicamente a legislação e ventilar ideias sobre como viabilizar a ampliação das excludentes de ilicitude do aborto no Brasil.

2 ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Mulher – Contexto Social e Jurídico

De início, vale ressaltar, que só é possível analisar se há viabilidade para ampliação das excludentes de ilicitude do aborto no Brasil, trazendo o olhar para quem o pode fazer, a mulher, e como esta foi inserida e vista durante anos na sociedade brasileira, para até então, atualmente neste país ter segurança em poder pleitear a interrupção de uma gestação, apenas por sua vontade.

A sociedade em geral há muito se utiliza do discurso da supremacia hierárquica entre homens e mulheres. Segundo o pensador e filósofo Aristóteles “A natureza só faz mulheres porque não conseguiu fazer apenas homens. A mulher, portanto, é um ser inferior”. No Brasil, assim como na maioria dos outros países, essa relação de submissão é tão naturalizada que questionar essa estrutura é o que causa estranheza.

De acordo com Medeiros (2021) a herança bíblica e cultural hebraica, disseminada em longa escala pelo cristianismo da igreja católica foi fundamental para a concretização do imaginário patriarcal. Suas escrituras trazem de forma aprofundada o perigo da sexualidade feminina, a qual foi apontada como a causa principal da perda da inocência da humanidade e sua consequente aquisição de mortalidade (Adão e Eva). Isso é sutil, porém forte e crucial para a demonização da mulher, pois não eram homens que estavam argumentando isso, era o divino, o sagrado que afirmava isso, logo, era incontestável.

Ainda de acordo com a autora acima, ao longo do tempo, o religioso foi aprimorando suas táticas de controle social, principalmente ao que se refere a mulher e ao seu útero. Como saber se o filho que está no ventre dela é meu? Como ter certeza que mantereí minha linhagem sanguínea? Casando-se com uma menina/mulher virgem e a mantendo presa física, restrita ao espaço doméstico e cuidado dos filhos, e psicologicamente, aceitando sua condição de ser propriedade e inferioridade. A leitura do ser mulher é a de ser um bem público, com direitos (de posse, domínio, punitivos, reprodutivos e todos os outros) cedidos ao homem. Pois o Estado, intrinsecamente ligado à Igreja Católica, aparecem para fornecer os subsídios necessários para

legitimar esse controle sobre as mulheres, objetivando a regulação da procriação e diminuição da autotutela feminina. (MEDEIROS, 2021)

São séculos de supressão e resistência a qualquer avanço na garantia do direito feminino, mas nos últimos 100 anos, a mulher brasileira conquistou diversos direitos, entre eles: o de votar em 1932, porém com ressalvas, pois o código eleitoral só permitia que votassem ou fossem votadas as mulheres casadas com o aval do marido ou as viúvas e solteiras com renda própria; a lei 6.515 de 1977, mais conhecida como a lei do divórcio, anterior a ela somente era permitido o desquite (amigável ou judicial) o qual não se desfazia o vínculo matrimonial. Contudo, foi somente em 1988, pela primeira vez na história jurídica do Brasil, que a constituição equipara a mulher ao homem.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

No entanto, o código penal vigente no Brasil, o qual consta o aborto como crime, é de 1940, cerca de meio século antes da nossa Carta Magna (Brasil, 1940). Diniz (2018), exemplifica essa questão tempo-legislação:

O código penal de 1940 manda prender mulheres que fizeram o aborto. A Constituição é de 1988 portanto, posterior a 1940. Uma leitura do Código Penal pela Constituição diz que eu não posso prender mulheres se é uma necessidade de saúde, se é uma questão de cidadania, se o aborto é parte da dignidade da vida das mulheres ao tomar essa decisão. Então uma leitura da Constituição sobre o Código Penal diz que ele é inconstitucional.

É natural que os pensamentos atuais se particularizem de acordo com a época vivida, assim como este código foi redigido aos costumes da década de 1930.

2.2 Evolução Jurídica do Crime de Aborto no Brasil

Historicamente, foi no Código Criminal do Império de 1830 que o aborto foi legislado pela primeira vez no Brasil. Localizava-se na parte que tratava sobre os crimes contra a segurança da pessoa, e vida, conforme o previsto em seus artigos: 199 e 200. Infere-se destes artigos, que o abortamento praticado pela própria gestante não era tipificado, a conduta somente era criminalizada quando realizada por terceiros. (Brasil, 1830)

Após 60 anos, em 1890, foi editado o Código Criminal da República, que tratou sobre o aborto através dos artigos: 300, 301 e 302. Ao que lhe concerne, o Código Criminal da República, diferente do Código Criminal de 1830, retratou pela primeira vez o aborto provocado pela própria gestante, diferenciando o aborto em que ocorria a expulsão ou não do feto, sendo que, caso houvesse a morte da gestante, a pena seria agravada. Se o aborto fosse realizado com auxílio de médico ou parteira legalmente habilitada, a pena seria não somente de restrição de liberdade, também estabeleceria a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão que fosse determinada. No entanto, apresentava como causa de diminuição de pena, em seu art. 301, o aborto que fosse cometido para ocultar desonra própria. (BRASIL, 1890)

2.3 Do Código Penal Vigente

Na vigência da constituição de 1937 e nos costumes da década de 30, o jurista Alcântara Machado deteve a tarefa de preparar o projeto de Código Penal, que foi concluído em abril de 1940. Após ter seu trabalho avaliado por uma comissão e passado pelos trâmites legais, o então presidente da República, Getúlio Vargas, criou o Decreto-lei n. 2.848, de 07.12.1940, instituindo o atual código penal, que só entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942.

O aborto tema deste projeto de pesquisa, continuou a ser criminalizado, o código penal tratou sobre a prática abortiva em sua parte especial, Título I, que trata dos “Crimes Contra a Pessoa”, e no capítulo I do mesmo título, que trata dos “Crimes Contra a Vida”, quase que semelhante ao código criminal da república. Entretanto, além de especificar a responsabilidade da gestante no autoaborto (art. 124), no aborto realizado por terceiros sem o consentimento da gestante (art.125), no aborto realizado com o consentimento da gestante (art. 126), trouxe as qualificadoras para este crime no art. 127, desta forma:

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos.

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

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 1940)

Além disto, o texto original do código penal de 1940, em seu art. 128, trouxe duas excludentes de ilicitudes ao crime de aborto, uma em caso de risco de vida da gestante e outra se a gestação fosse em decorrência de estupro:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:
I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Durante a audiência pública no STF em 2018, Diniz disse: “a legislação sobre aborto já nasceu retrógrada e diante da Constituição de 1988, a criminalidade atribuída ao abortamento é inconstitucional”.

2.4 Ampliação das Excludentes de Ilicitude do Aborto no Brasil – Cômputo Entre a ADPF 54 e ADPF 442

A Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), consta no art. 102, parágrafo 1º, da CF/1988. Para torná-la efetiva houve a necessidade da publicação da lei 9.882/1999 como norma regulamentadora. Segundo Lemes (2018, p. 42), a ADPF passou a admitir duas modalidades: ação autônoma e ação por equiparação. A primeira “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público” enquanto a segunda, “será acionada quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo”. Os competentes para propor arguição de preceito fundamental ao Supremo Tribunal Federal (STF), são os mesmos que podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em acordo com o art.103, CF/1988. (BRASIL, 1988)

2.4.1 ADPF 54

A ação de descumprimento de preceito fundamental Nº 54, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS ajuizou ação para questionar a interpretação dos artigos: 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, que tratam sobre o crime de aborto e suas excludentes de ilicitude, rente a possibilidade de ampliação da interrupção de gestação voluntária para gestantes de fetos anencéfalos. A relatoria ficou com o Ministro Marco Aurélio e o advogado à época foi o Doutor Luís Roberto Barroso, que atualmente é o Presidente do STF.

O Ministro Barroso apresentou diversos autores que abrilhantaram sua tese sobre a licitude do aborto para anencefálicos, como Hungria, em Comentários ao Código Penal:

No caso de gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que caracterize aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (HUNGRIA, 1958, p. 297)

A ação foi ajuizada em 2004, até o veredicto final em 2012, foram mais de 8 anos de lide entre mulheres com gestação de anencéfalos e o sistema judiciário brasileiro, vide Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, que foi impetrado com pedido para abortamento de feto anencefálico, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, cujo desfecho, antes que o julgamento nesta Corte pudesse ocorrer, deu-se com o término da gravidez, vindo o feto anencefalo a falecer minutos após o parto.

Este intrincado cenário religioso, moral e jurídico demanda dos Ministros e Ministras do STF um excelente poder argumentativo, de acordo com Miranda Netto e Camargo (2010), “as juízas e juízes do Tribunal Constitucional têm que justificar cada ato decisório seu na constante busca por adesão popular, a fim de garantir sua função de representante frente aos seus representados (o povo), por isso, investem muito empenho argumentativo em seus votos.”

Ao todo, o Inteiro Teor do Acórdão da ADPF 54, possui 433 páginas. Todos os ministros à época, sem impedimentos, votaram e justificaram seus votos de forma contundente. É interessante analisar como eles votaram e como contrapõem-se utilizando argumentos de todas as áreas de conhecimento, como por exemplo, o Ministro Relator Marco Aurélio:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencefalo, não existe vida possível. O feto anencefalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencefalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida. (BRASIL, 2012, p. 54-55)

Além do Ministro Relator, votaram a favor da legalização do aborto para fetos anencefálicos, os seguintes ministros (as): Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de participar do julgamento por ter participado do processo enquanto era advogado-

geral da União e ter emitido parecer a favor da legalidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos sem cérebro.

Em contrapartida, houve os votos não favoráveis a interrupção voluntária de fetos anencefálicos, como o de Lewandowski e Peluso, este disse:

Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o momento de execução, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo. (BRASIL, 2012, p.387)

O advogado de defesa, na sua tese inicial, afirma que o Código Penal Brasileiro, ao tipificar o crime de aborto, nos artigos: 124 à 128, o fez para tutelar o feto, a vida e a integridade física da gestante.

Antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Aduz ainda que, na gestação do feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto.” (Barroso, 2012, p. 17)

Segundo Diniz (2003), “Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto”. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa.

Diante do que foi exposto, é notório que a complexidade do tema envolveu posicionamentos favoráveis e contra o aborto para fetos anencefálicos. Após anos de processo, a lide encerra-se com 8 votos a favor da legalização do aborto nestes casos e 2 contra. Após sentença final proferida pelo Relator Ministro Marco Aurélio e após publicação em diário oficial, é comprovadamente fato, que se inclui mais uma excludente de ilicitude ao crime de aborto: para fetos anencéfalos.

2.4.2 ADPF 442

Em 08 de março de 2017, dia Internacional da Mulher, dia simbólico que amplifica a ideia de luta da equidade de gênero, é impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero (Anis) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 que tem como finalidade a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação. Motivada pelo caso Jandira Magdalena dos Santos Cruz, que morreu ao realizar um aborto em uma clínica clandestina no Rio de Janeiro, seu corpo foi

encontrado mutilado e carbonizado no dia seguinte. O funeral foi realizado no dia 28 de setembro, coincidentemente o Dia Latino-Americano e Caribenho de Luta pela Descriminalização do Aborto.

Um pouco mais de uma década após o aborto para fetos anencéfalos (ADPF 54) ser considerado mais uma das excludente de ilicitude no Brasil, equiparando-se aos incisos I e II do art. 128 do código penal vigente, o qual não é crime realizar o abortamento quando a gestação oferece riscos a vida da gestante ou quando a gravidez é resultado de estupro.

Em 2018, seguindo o curso natural após impetração de uma ADPF dessa magnitude, no Brasil ocorreu a maior audiência pública da América latina para tratar sobre a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação, a audiência contou com cientistas políticos, sociais, Doutores em medicina, direito, antropologia, líderes religiosos, sociedade civil, representantes de grupos feministas a favor da descriminalização e grupos contrários a descriminalização. A Presidente das audiências foi a Ministra Carmem Lúcia e a relatora da ação a ministra Rosa Weber.

O pedido deduzido nesta ação é de declaração da não recepção, pela Constituição de 1988, daqueles dispositivos que datam de 1940, à compreensão de que, por ela, Constituição de 1988, não estão as albergadas disposições que eles contêm. Releva anotar que, na controvérsia constitucional posta, relativa à descriminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gravidez, há conflito entre direitos fundamentais e valores constitucionais, e não meramente questões de alocação de política pública ou recursos financeiros. (Weber, 2018, p. 9)

Aqui se discutirá a presença do Estado na vida privada e na intimidade, com consequências para pessoas humanas concretas, que se medem aos milhares. É um tema de imensa responsabilidade e, por isso, a Corte se agiganta para caber, no pensamento, tantas correntes que sobre esses temas irão aqui se pronunciar. (MAIA, 2018 p.14)

Aquelas crianças não nascidas, os embriões ou os fetos, há um discurso de proteção e de preocupação sobre o seu nascimento. Então, a gente tem que pensar que a mulher tem que ter os seus direitos sexuais e reprodutivos respeitados, decidir sobre ter, não ter, quando ter filhos. E que o Estado possa, na garantia de políticas públicas sociais de saúde, garantir que elas exerçam a maternidade, se for o seu desejo, de forma adequada. (PRATA, 2018, P.622)

Como já exposto, a ministra Rosa Weber é relatora do processo sobre interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação. Desde o dia 12 de setembro de 2022 ela é presidente do STF, porém, em detrimento da aposentadoria compulsória aos 75 anos, a mesma se aposentará e deixará o STF no máximo no dia 02 de outubro de 2023, sua data de aniversário. No entanto, dia 19 de setembro de 2023, a ministra colocou em pauta o julgamento da ação que

trata sobre a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Weber pautou a ação para 22 de setembro no plenário virtual da Corte, modalidade em que os ministros depositam seus votos e não há discussão. Exceto, se algum dos outros ministros, pedir vistas (mais tempo para analisar) ou destaque (julgamento em plenário físico).

A Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ministra Rosa Weber como relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, votou a favor da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação.

As mulheres que em algum momento da sua vida reprodutiva decidem pela interrupção voluntária da gravidez são as mesmas que convivem com todos nós no cotidiano da vida. Ou seja, estão presentes nos contextos sociais de suficiência econômica, onde têm acesso ao aborto seguro, bem como naqueles de baixa ou hipossuficiência econômica, onde acessam o aborto clandestino e inseguro, da perspectiva sanitária, e ainda com a resposta mais extrema do Estado, a coerção penal. (Weber, 2022, p.109).

A tutela penal, em vigência normativa há mais de setenta anos no ordenamento jurídico brasileiro, não apresentou resultados que impedissem a mulher de realizar o abortamento. Segundo a Pesquisa Nacional do aborto (PNA) de 2010 “uma (1) em cada cinco (5) mulheres até os 40 anos já realizou pelo menos um aborto”. Existiam 37 milhões de mulheres nessa faixa etária, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estima-se que 7,4 milhões de brasileiras já fizeram pelo menos um aborto na vida. (SANT’ANA, 2014)

“Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal no art. 5º”. (FUX, 2012, p. 162)

Em plenário virtual, a Presidente do STF e relatora da Arguição de preceito fundamental – ADPF 442, Ministra Rosa Weber declarou e destrinchou seu voto em 129 páginas de conteúdo argumentativo jurídico, social, ante as razões expostas, julgou procedente, em parte, o pedido, para declarar a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, em ordem a excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação realizada nas primeiras doze semanas.

Dessa forma, a ação para interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação obteve seu 1º voto a favor. Em seguida, o Vice Presidente do STF, o ministro Luís Roberto Barroso, fez um pedido de destaque, o que levará a votação ao plenário físico, porquanto, sem data definida.

3 DICOTOMIA JURÍDICA: A FAVOR DO ABORTO OU CONTRA O ABORTO

Segundo a Pesquisa Nacional do Aborto – PNA (2010), ao ser perguntado de forma direta, sem contextualização ou explicação: Você é contra ou a favor do aborto? A maior parte dos entrevistados informavam ser contra o aborto.

Quando a pergunta é reformulada, explicada e dada a devida importância qual o tema anseia, tal qual: Você acha que uma mulher deve ser presa por abortar até a 12ª semana de gestação? Segundo Bastos (2018), dados mostram que cresce o número de cristãos que concordam que mulheres não devem ser presas por abortar. Este é o projeto da ADPF 442 – não criminalização da mulher que aborta até a 12ª semana de gestação.

Foi realizada uma Pesquisa para Trabalho de Conclusão de Curso, com intuito de esclarecer questões pertinentes sobre o aborto. Realizada por meio de questionário online (*Google Forms*), contendo 11 (onze) perguntas objetivas sobre aborto no Brasil. Obtiveram-se 89 respostas ao total, 75,3% de mulheres, 24,7% de homens, maioria com ensino superior e com idade entre 31 e 40 anos. Passado estas 3 perguntas básicas, o questionário adentrou em questionamentos mais direcionados a questão do aborto. Tal qual: 62,9% informaram não se sentir bem informado quando o assunto é aborto; 76,4% consideram que aborto nas primeiras 12 semanas de gestação é uma questão de saúde pública, enquanto que 55,1% acreditam que também é uma questão de planejamento familiar.

Há um entrelace intrigante nas respostas das questões 7,8 e 9. A questão 7 informa o perfil da mulher que aborta no Brasil (com filhos, professa alguma religião e está em todas as classes sociais), 47,2% diz não saber disso, ao passo que 70,8% informa saber que mulheres financeiramente estáveis e em sua maioria branca, viajam para países onde o aborto é legalizado para realizar o abortamento de forma segura. Ao modo que 96,6% informa quais são as mulheres que morrem em decorrência da criminalização do aborto (mulheres pobres, em sua maioria preta e com baixa escolaridade), pois são estas que se sujeitam a medicamentos de origem duvidosa e/ou em clínicas clandestinas.

É indagado na pergunta 10, sobre qual posicionamento prioritário deve ser tomado para a interrupção voluntária da gravidez até 12ª semana de gestação: 41,6% disseram que, prioritariamente pelo posicionamento científico, enquanto que 33,7% por questões sociais.

Depreende-se do questionário, que a questão da descriminalização do aborto vai além das convicções morais e religiosas, que este tema também é sobre questões financeiras, sociais e principalmente de raça.

4 ABORTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei mais importante deste Estado Soberano. O termo constituição é proveniente do verbo constituir (estabelecer, formar e organizar), a constituição é garantidora de direitos para além dos aspectos morais e religiosos. Discutir sobre o direito ao aborto é debater sobre direitos fundamentais: direito à vida, a liberdade, a saúde; dignidade da pessoa humana, planejamento familiar, a autonomia da mulher e seus direitos reprodutivos à luz da Constituição Federal de 1988.

4.1 Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Para Silva (2005, p.153) “os direitos fundamentais, são assimilados dos pactos e acordos internacionais de direitos humanos”, a República Federativa do Brasil é signatário de todos os acordos internacionais que asseguram de forma direta ou indireta os direitos humanos das mulheres, bem como a eliminação de todas as formas de discriminação e violência baseadas no gênero, por exemplo:); Declaração Universal dos Direitos Humanos (10/12/1948); Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher (CEDAW, 1979); *Recomendación General nº 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer* (CEDAW, 1992); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; Convenção Americana de Direitos Humanos (25/09/1992); *Pacto San José da Costa Rica* (06/11/1992); Convenção Interamericana de Direito para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27/11/1995); Declaração e Plataforma de Ação da 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995); Convenção de Haia (21/06/1999). Em acordo com o parágrafo 3º do art. 5º da CF/1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”

Segundo Dimoulis e Martins (2020, p.56) define-se os direitos fundamentais como “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Esse controle é feito através dos instrumentos, remédios constitucionais (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular), que são verdadeiras ações constitucionais em face do indivíduo e da coletividade, enquanto que, as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADC – Ação Direta de Constitucionalidade, ADIN – Ação

Direta de Inconstitucionalidade, ADPF – Arguição de Preceito Fundamental) são instrumentos para conformidade das normas e do direito objetivo.

A Constituição Federal não aborda diretamente a questão da possibilidade do abortamento voluntário. No Capítulo II da CF/1988, Dos Direitos Individuais e Coletivos, o art. 5º, caput, na categoria de direitos fundamentais está o direito à vida. É necessário salientar que os direitos individuais são voltados a autonomia individual, liberdade em consonância com a legalidade (art. 5º, II, CF/1988) sem excessiva interferência do Estado. Enquanto que os direitos coletivos, visam proteger ampla parcela da sociedade e possui caráter geral com múltiplos sujeitos-titulares unidos por uma relação jurídica-base. Embora o direito à vida seja um direito constitucional, ele não é inviolável. Por quanto em caso de guerra declarada ela poderá ocorrer (art. 5º, XLVII).

Como se observa, em situação extrema de guerra, a violação da vida de uma pessoa com direitos objetivos e dotado de personalidade jurídica pode ocorrer. Enquanto que na situação extrema: fome, financeiramente instável, ademais já com outros filhos, na guerra por sobrevivência diária, quem gesta não pode optar por desistir da gestação, por incorrer ao crime previsto no art. 124 do código penal.

Estas colisões entre direitos fundamentais como constatado, nascem do conflito entre os direitos fundamentais com outros preceitos constitucionais (bens jurídico-constitucionais). Por mais difícil que seja a definição dos critérios de prioridade para solução desta colisão, é tarefa da doutrina jurídica e dos tribunais traçar os limites que permitam uma resolução harmônica, utilizando “técnicas” de ponderação, interpretação sistemática da Constituição e do critério de proporcionalidade. (DIMOULIS e MARTINS, 2020, p. 212)

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), contempla o direito da liberdade (art. 5º, caput) e o direito resguardado da cidadania (art. 1º, II da CF/1988), que constitui como fundamento do Estado Democrático de direito, a mulher que deseja interromper a gravidez voluntariamente até a 12ª semana de gestação (dentro das perspectivas pedidas na ADPF - 442), de acordo com o nosso Código civil em seu 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". Contudo, há uma obscuridade por parte do legislador sobre o termo “nascituro”, que não definiu quem é ou a partir de quando se é nascituro. Diante disso, abre-se uma equiparação desproporcional, que versa teorias sobre a origem da vida humana: o feto até 12ª semana de gestação, que pode ser uma pessoa em potencial (sem personalidade jurídica plena), em conflito com a mulher, pessoa de direito, dotada plenamente de personalidade jurídica.

4.2 Do Direito a Saúde e ao Planejamento Familiar

O direito fundamental a saúde está prevista no art. 6º, caput, da Constituição Federal, disposto no Capítulo II, que trata sobre os direitos sociais. Combinado com o art. 196 da CF/1988 complementa as informações acerca do direito à saúde, o qual expressamente diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De acordo com Ramos (2010, p. 62) “O direito a saúde é fundamento basilar da dignidade da pessoa humana, refere-se ao direito individual no tratamento e prevenção de doenças”. Todavia, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946 definiu saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade”. Retrata-se a saúde como um estado além das condições físicas, inserindo a necessidade de bem-estar mental e social como uma tríade que juntas mantém o corpo humano saudável. Dessa forma, se extrai da definição de saúde da OMS, que ao obrigar e punir penalmente a mulher que não quer prosseguir com uma gravidez impõe a ela o sentimento de falta de autonomia e de tortura, o qual é expressamente proibida pelo art. 5º, III da constituição. Além de ferir diversos dispositivos constitucionais que versam sobre saúde, liberdade, igualdade, autonomia e direitos reprodutivos como já visto, bem como o próprio direito à saúde disposto nos art. 6º, caput e 196º da CF/1988.

Com relação ao aborto, a OMS define abortamento como interrupção da gravidez antes das 22 semanas de gestação, ou um feto com menos de 500g, ou 16,5 cm. O abortamento é considerado precoce se ocorre até a 12ª semana e tardio se ocorre entre a 13ª e 20ª semana. Este conceito é importante para não confundir abortamento com situações de trabalho de parto prematuro extremo, que ocorre a partir da 22ª semana de gestação.

Diretamente ligado ao direito a saúde o planejamento familiar, consta no art. 226, caput da constituição Federal, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

art. 226 [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O Brasil como signatário de diversos pactos e tratados internacionais, em 1992 ratificou o *Pacto de San José da Costa Rica*, que estabelece em seu artigo acerca da “Proteção da Honra e da Dignidade” a seguinte propositura: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou

abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” Sendo assim, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, visto que possui status de decisão à vida privada, pois enseja demandas que o Estado não abrange e que a tentativa de controlá-las através da punição penal excede sua competência. Conforme o filósofo Kant doutrinou: “é o homem quem constitui a finalidade essencial do Estado, não podendo ser mero meio da atividade estatal.”

Segundo dados da Pesquisa Nacional do aborto (PNA – 2021), uma em cada sete mulheres sofrem aborto até os 40 anos, no Brasil em 2021, 51,1% da população era composta por mulheres. É notório que o aborto, seja espontâneo ou provocado é uma realidade para quem gesta neste país. À vista disso, não é possível afastar o direito ao aborto do direito à saúde e ao planejamento familiar. Ao criminalizar mulheres por voluntariamente decidir interromper sua gestação, o Estado ultrapassa os limites de seu poder, sendo contrário há vários dispositivos legais como: Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), Direito à saúde (art. 6º, caput e art. 196, caput da CF/1988), ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/1988) e aos direitos sexuais e reprodutivos (art. 6º, caput combinado com art. 196, CF/1988), que decorre do direito à liberdade (art. 5º, caput da CF/1988) e igualdade (art. 5º, I, CF/1988).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do STF em entrevista (2022):

Aborto é uma coisa ruim, que deve ser evitado, mas a criminalização é uma péssima política pública, porque penaliza, sobretudo, as mulheres pobres. O modo como fazemos no Brasil, impede as campanhas para diminuir o número de abortos, e impede que ele seja seguro. Ou seja, mesmo quem é contra, como todo mundo a princípio pode ser, a criminalização é uma péssima política pública, é uma política perversa.

Por fim, o ministro afirma “o aborto deve ser raro, porém seguro.” Esta segurança só pode ser alcançada quando ao invés do aborto ser tratado como uma questão criminal for tratado como questão de saúde.

Para universalizar o direito a saúde, proposto nos art. 6º, caput e 196º, o Brasil conta com Sistema Único de Saúde (SUS), referência mundial no atendimento gratuito a todas as pessoas, sem qualquer discriminação. O modelo de gestão SUS é descentralizado, ou seja, Governo Federal (União), Estados e Municípios dividem a responsabilidade de forma integrada, garantindo o atendimento de saúde gratuito a qualquer cidadão através da parceria entre os três poderes. Em locais onde há falta de serviços públicos, o SUS realiza a contratação de serviços de hospitais ou laboratórios particulares para que não falte assistência às pessoas. Desse modo, estes locais também se integram à rede SUS, tendo que seguir seus princípios e diretrizes. (MINAS GERAIS, 2022). Portanto o direito a saúde é intrínseco a dignidade da pessoa humana, e por conseguinte aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

4.3 Da Garantia Constitucional ao Aborto

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, de acordo com o art. 1º, caput, da Constituição Federal. Através de seus fundamentos, dispostos no mesmo artigo, como: soberania (inciso I), cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (inciso III), significa que o poder do Estado é limitado pelo poder do cidadão, “que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”, art. 1º, parágrafo único, CF/1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana é vasto em seus conceitos e engloba outros princípios e fundamentos de ordem jurídica, política, social, econômica e cultural, de acordo com SARLET (2010, p.102) “a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente”. Ainda segundo o autor acima:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde às condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 104).

Tendo em consideração que este projeto busca analisar argumentos jurídicos que viabilizem a ampliação das excludentes de ilicitude ao aborto no Brasil. Percebe-se que analisar este tema à luz da constituição federal suscita profundos conflitos entre interesses juridicamente tutelados.

Segundo Silva (1989, p.181) “Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida.” O marco inicial da vida se difere do marco inicial da vida humana. Posto isso, provável que a omissão do legislador sobre não haver no texto constitucional o conceito de vida, ser proposital, pois a definição desta enquanto objeto do direito fundamental, excede o sentido biológico, havendo a necessidade da consciência como propriedade evolutiva.

Há no direito brasileiro a teoria da formação do sistema nervoso que é baseada no conceito de morte discriminado no art. 3º da lei 9.434/1997, que trata sobre o transplante e tratamento de órgãos, tecidos e partes do corpo humano. Infere-se desta lei que a inatividade cerebral é o que determina a morte do ser humano. A teoria do sistema nervoso, foi utilizada como uma das argumentações jurídica que estimularam a inserção da excludente de ilicitude

para aborto a fetos anencefálicos no Brasil em 2012 (ADPF 54). De acordo com Silva (2010, p.34), a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso “estabelece a vigésima (20) semana de gestação como marco inicial da vida humana, período em que se constata ondas cerebrais no feto”. Conclui-se então, a partir desta teoria, que a atividade cerebral é o que define o início e o fim da vida humana, tendo em vista, que para a lei de transplante “não significa o fim da vida biológica, pois as células ou os órgãos precisam estar vivos para serem doados”. Silva (2010, p.34)

Dito isso, a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso se correlaciona com harmonia jurídica tanto ao Princípio da dignidade da pessoa humana como com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que destaca em seu art. 1º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Ao citar que nascem dotado de razão e consciência depreende-se a necessidade de formação do sistema nervoso. O que ampara a decisão da mulher, que deseja interromper a gravidez voluntariamente dentro dos parâmetros legais de 12 semanas, proposta pela Arguição de Preceito Fundamental 442. Posto que a vida humana é um processo e a titularidade dos direitos fundamentais devem existir a partir da 20ª semana do desenvolvimento fetal como informado por Silva (2010, p. 34) acima. Com isso, afasta-se que optar por interromper a gestação até 12ª semana viola o direito à vida.

Contudo, infligir a mulher a obrigação de prosseguir com gestação que ela não deseja, mas que está dentro do período de 12 semanas, qual o feto não tem seu sistema nervoso formado. Constitui violações: ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/1988) por imposição do estado na vida privada; a liberdade (art. 5º, caput, CF/1988) por não respeitarem os dispositivos legais que versam sobre autonomia da mulher; ao dispositivo que versa sobre proibição de tortura ou tratamento desumano e degradante (art. 5º, caput e III da CF/1988, pelo sofrimento psicológico causado pela imposição de gestar e o medo de ser presa por decidir abortar fora das excludentes previstas; saúde (art. 6º caput e 196 da CF/1988) ainda que as pesquisas mostrem que milhares de mulheres optam por interromper a gestação de forma precária ou clandestina, esta questão não é considerada de saúde pública; planejamento familiar (art. 226, § 7º, da CF/1988), embora o texto de lei especifique que é de livre decisão do casal, não há sobre o que optar, engravidou e não está amparado por qualquer das excludentes de ilicitude vigentes, independente do período gestacional que se encontre, a decisão não é mais do indivíduo, mas do Estado. Direitos sexuais e reprodutivos (art. 6º, caput combinado com o art. 196 da CF/1988) quando o Estado, estruturalmente patriarcal, decide

sobre corpos femininos, obrigando e punindo a mulher como um objeto reprodutor de propriedade do poder público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa analisou o direito ao aborto através de sua trajetória no ordenamento jurídico brasileiro, desde o início, formalmente em 1830 com o código criminal do império até os dias atuais com Arguição de Preceito Fundamental 442. A fim de compreender se à luz da constituição federal de 1988, dos seus fundamentos, princípios e dos pactos e tratados do qual o Brasil é signatário, há a possibilidade de ampliação das excludentes de ilicitude do aborto no Brasil e em caso de resposta afirmativa, qual seria o limite deste respectivo direito.

Para isto, verificou-se a evolução social e jurídica da agente tutelar do direito ao aborto, a mulher. Transcorreu sobre a importância do Supremo Tribunal Federal – STF, detentor, precipuamente da guarda da constituição e como julgar acionado por ADPF não viola o princípio da separação dos três poderes. Evidenciou o início e o desfecho Jurídico da Arguição de Preceito Fundamental 54 que culminou com a legalização do aborto para fetos anencefálicos, desta maneira, ampliando em mais uma as excludentes de ilicitude ao aborto no art. 128 do código penal. Analisou a ADPF 442, que solicita a interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana, buscando consenso proporcional entre o direito inerente a mulher: de vida, liberdade, igualdade, saúde, planejamento familiar, sexuais e reprodutivos em detrimento de quando o feto passa a ter estímulo cerebral de consciência humana.

Realizou-se também, pesquisa online através da plataforma *google forms*, da qual se obteve dados sobre como a sociedade percebe o aborto a partir de várias perspectivas, porém, desde que estimulados a racionalizar a situação.

Perscrutou os dispositivos constitucionais tanto na sua hermenêutica como através de uma perspectiva axiológica-normativa para compreensão dos princípios inerentes ao que integra a dignidade da pessoa humana, sob o olhar da Constituição Federal 1988, Declaração Universal dos Direitos Humanos e *Pacto de San José da Costa Rica*.

Com isso, notou-se o confronto entre princípios fundamentais, quando posto a resolver o conflito entre o direito da mulher e o direito do feto. No entanto, ao indagar sobre quando de fato se dispõem a abarcar o direito à vida como princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, constatou-se que para existir vida humana é necessário mais que células vivas, é indispensável possuir um sistema nervoso central que lhe possibilite sentir e pensar. De acordo com as teses ratificadas: pela teoria do desenvolvimento do sistema nervoso, que considera que

a partir da 20ª semana de gestação o feto possui o sistema nervoso formado; a definição post mortem pela lei 9.434/1997 que regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamentos; e pela própria conclusão do julgamento sobre a ADPF 54, que garantiu à mulher interromper gravidez de fetos com anencefalia.

Em vista disso, constata-se que a prática de abortamento no período anterior a vigésima semana do desenvolvimento embrionário não viola os direitos fundamentais do feto, uma vez que a garantia constitucional do direito ao aborto fundamenta-se na ausência de profanação à vida humana do ente em desenvolvimento.

Não obstante, a criminalização do aborto dentro deste período gestacional (20 semanas), institui obrigatoriedade da manutenção da gestação à mulher, violando sua vida, desrespeitando sua autonomia, sua liberdade sexual e reprodutiva bem como o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Dessarte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, permite à prática do aborto, desde que respeitado o limite temporal para efetivação de atividade cerebral no feto em desenvolvimento, tutelando-se assim, direitos e garantias fundamentais do feto e da mulher. Diante de tudo que foi exposto, constata-se que há constitucionalidade para interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação (ADPF 442), o que viabiliza a inserção desta como a quarta excludente de ilicitude ao crime de aborto no Brasil.

REFERÊNCIAS

Aborto: por que precisamos descriminalizar?. Argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442 / Anis – Instituto de Bioética. – Brasília: LetrasLivres, 2019. 48 p.: il. Disponível em: [Aborto - Por que precisamos descriminalizar.pdf](#)

AZEVEDO, Natanny Yasmin de. A constitucionalidade do direito ao aborto. 2019. 39f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de Direito, Natal, RN, 2019

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com célula-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da constituição, 2005. Disponível em: [admin,+Ge4stação+de+fetos+anencefálicos+e+pesquisas+com+células-tronco+-+dois+temas+acerca+da+vida+e+da+dignidade+na+constituição.pdf](#)

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. 1. ed . Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008

BICALHO, Patrícia. O que é e para que server uma ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Aurum, 2023. Disponível em: [🔗 ADPF - Entenda quando é cabível e seus efeitos \(aurum.com.br\)](#). Acesso em: 05 setembro 2023

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. D.O.U de 11/01/2002, pág. nº 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acessos em 28 de outubro de 2023

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília. D.O.U de 31/12/1940, pág. nº 23911. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessos em 05 de setembro de 2023

BRASIL. Institui a Constituição Federal. Brasília. D.O.U de 05/10/1988, pág. nº 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessos em 28 de agosto de 2023

BRASIL. Decreto Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1966. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília. D.O.U de 15/01/1966, pág. nº 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 16 setembro 2023

BRASIL, Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2023, disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitoshumanos> Acesso em: 16 setembro 2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 54, 2012. Disponível em: <https://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 13 setembro 2023

BRAZIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Institui o Código Criminal do Império. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acessos em 05 de setembro de 2023

BRAZIL, Decreto nº 847, 11 de outubro de 1890. Institui o Código Criminal da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 05 setembro 2023

CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos), Tratado Internacional “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 setembro 2023

CASTRO, Angelita G. Freitas de; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. O princípio da dignidade da pessoa humana como elemento estruturante do sistema de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988 e o direito a cultura. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c74b7f78409a402. Acesso em: 02 outubro 2023

Conselho Federal de Medicina define critérios para interrupção de gravidez de anencéfalos. Migalhas, 2012. Disponível em: [Conselho Federal de Medicina define critérios para interrupção de gravidez de anencéfalos \(migalhas.com.br\)](http://www.migalhas.com.br). Acesso em: 05 setembro 2023

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

Diniz D, Medeiros M, Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna, Cien Saude Colet, 2010

DINIZ D, Medeiros M, Madeiro A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência Saúde Coletiva*, 2017

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto, Pesquisa Nacional de Aborto 2016, *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, 2017

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.2, pg. 653-660. ISSN 1413-8123. (web) Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext & pid=S1413-81232017000200653](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653). Acesso: 18 agosto 2023

DIP, ANDREIA. Todas as mulheres fazem aborto, mas só em algumas a polícia bota a mão. El país, 2018. Disponível em: [Debora Diniz: “Todas as mulheres fazem aborto, mas só em algumas a polícia bota a mão” | Brasil | EL PAÍS Brasil \(elpais.com\)](http://elpais.com/brasil/2018/08/18/brasil-el-pais-brasil-elpais.com). Acesso em: 05 setembro 2023

Direito fundamental cultural na visão do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FREITAS, L. G. de. (2018). A decisão do STF sobre aborto de fetos anencéfalos: uma análise feminista de discurso, *Alfa: Revista de Linguística* (São José do Rio Preto), 62(1), 11-34. <https://doi.org/10.1590/1981-5794-1804-1>

GAZZOLA L de PL, Melo FHC de Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. *Rev Bioét* [Internet]. 2015SEP;23(3):495-504. Available from: <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233086>

INSTITUTE, Guttmacher, Pesquisa Nacional de Aborto, 2016

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional de Saúde. 2013. *Ciclos de vida. Brasil e grandes regiões*. Rio de Janeiro: IBGE; 2015

LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado: História da Opressão das Mulheres pelos Homens*. 1. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2019

MACHADO, Ana L. V. S. RAMOS. *Aborto e planejamento familiar: uma abordagem a partir do direito de família e da dignidade da pessoa humana*, 2023. 86f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Curitiba, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, 2023

MEDEIROS, Maria Luiza Galvão de. *ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA VIABILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA LEGAL DE ABORTO NO BRASIL*. 2021. 75f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de Direito, Natal, RN, 2021

Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. 428 p. (Série B. Textos Básicos de Saúde)

Notas sobre a Dignidade da Pessoa Humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

OMS (Organização Mundial de Saúde), Consequences of inaccessible quality abortion care, 2021

ONU, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24 (A Mulher e a Saúde), 1999

ONU, Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979.

ONU, Planejamento reprodutivo possibilita que mulheres possam decidir seus caminhos com autonomia, UNFPA, 2023, disponível em: <https://brazil.unfpa.org/ptbr/news/planejamento-reprodutivo-possibilita-que-mulheres-possam-decidir-seuscaminhos-com-autonomia>

Principais questões sobre o aborto legal. Fiocruz, 2019. Disponível em: [Principais Questões sobre Aborto Legal \(fiocruz.br\)](#). Acesso em: 03 setembro 2023

SÁ, ANDRÉ B. GADELHA DE. Evolução histórica do aborto. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: [Evolução histórica do aborto \(conteudojuridico.com.br\)](#). Acesso em: 03 setembro 2023

SARLET, Ingo Wolfgang, As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC N.09 – Jan/Jun. 2008, p. 377

Se homens engravidassem, questão do aborto já estaria resolvida há muito tempo, diz Barroso. Migalhas, 2019. Disponível em: [Se homens engravidassem, questão do aborto já estaria resolvida há ...- Migalhas](#). Acesso em: 21 agosto 2023

SILVA, Camila Francis. O embrião humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana. 2010. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, 2010. p.33

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 54. Mostra-se inconstitucional a interpretação de interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>. Acesso em: 09 setembro. 2023

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. Disponível em: . Acesso em: 22 setembro 2023

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Voto: Ministra Rosa Weber. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de março de 2017. Disponível em: [Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf \(stf.jus.br\)](#). Acesso em: 30 setembro 2023

SUS. Secretaria de Estado de Saúde. Disponível em: [Sistema Único de Saúde \(SUS\) | Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais \(saude.mg.gov.br\)](#). Acesso em: 22 setembro 2023