



**PUC-SP**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
CURSO DE DIREITO**

**BRUNA CAROLINA DE OLIVEIRA PEREIRA**

**A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA  
ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO**

**SÃO PAULO - SP**

**2023**

**BRUNA CAROLINA DE OLIVEIRA PEREIRA**

**A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA  
ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Dra. Juliana Cardoso Ribeiro Bastos.

**SÃO PAULO - SP**

**2023**

## DEDICATÓRIA

Primeiramente, dedico esta obra à minha mãe, Alaíde de Oliveira, que foi mãe solo e, assim sendo, foi mãe e mãe muitas e muitas vezes, dedicando todo seu tempo, seus recursos, seu amor incondicional, sua paciência, seu carinho, seu apoio, para que meus sonhos fossem possíveis. Ainda, dedico esta obra aos meus avós (*in memoriam*), Clarinda Pinheiro de Oliveira e João de Oliveira, que, em meio a tantas adversidades, permitiram que seus filhos tivessem acesso à educação e que, por meio dela, mudassem suas respectivas realidades. Vocês mudaram a minha vida e permitiram que a filha de uma balconista e neta de um trabalhador rural e de uma empregada doméstica pudesse se formar em direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Hoje, nós nos formamos. Nossas conquistas não morreram jamais.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Professora Dra. Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, pela compreensão, carinho, disponibilidade e suporte durante o desenvolvimento desta obra.

Agradeço à minha mãe e à minha irmã, Alaíde de Oliveira e Paola Sabrina de Oliveira Silva, que são os maiores presentes que a vida poderia me dar. Vocês ofereceram todo o suporte possível para que eu pudesse conquistar coisas inimagináveis, principalmente para quem veio de onde nós viemos. Todas as minhas conquistas também pertencem a vocês. Jamais serei grata o suficiente por serem a tradução de amor e apoio incondicional em minha vida. Amo vocês imensamente.

Ademais, agradeço às minhas tias, Cleonice Aparecida de Oliveira e Claudete Pinheiro de Oliveira, que auxiliaram minha mãe na minha criação, dedicando tempo, amor e carinho a mim e à minha irmã. Sempre serei grata por tudo que fizeram por nós. Amo vocês.

Não poderia deixar de mencionar minhas amigas, Lara Gimenez Borges e Larissa Maria Zacarias Rodrigues, que são as maiores entusiastas de todas as minhas conquistas, dedicando amor, carinho, paciência e companheirismo à nossa amizade. Vocês são a minha família em São Paulo e, conforme falamos todos os dias, não sei o que seria de mim sem vocês. Obrigada, por tanto, amo vocês.

Agradeço aos meus amigos, Erika Martins de Oliveira e Guilherme de Oliveira Santana, que estiveram ao meu lado durante toda a graduação, compartilhando comigo todas as dificuldades oriundas do abismo social existente entre nós e os demais colegas de nossa classe. Sem vocês essa jornada não seria possível. Eu nutro um carinho e um amor gigantesco por vocês e por cada momento que passamos juntos, tanto os bons quanto os ruins. A amizade de vocês me fez mais forte.

Ainda, agradeço às minhas amigas, Clara Akl e Carolina Borba Ambrozino, as quais tive oportunidade de me aproximar no fim da graduação, mas que são igualmente especiais e essenciais em minha vida.

Agradeço também a todos os colegas, principalmente os bolsistas, que cruzaram o meu caminho e que, de alguma forma, fizeram com que essa jornada de 5 anos fosse muito mais leve e feliz.

Por fim, agradeço a todas as mulheres que vieram antes de mim e que, por meio de suas respectivas lutas, possibilitaram que eu pudesse ocupar o espaço que ocupo na sociedade. Que cada vez mais possamos alcançar espaços e conquistar nossos direitos.

*Já é tarde, tudo está certo  
Cada coisa posta em seu lugar  
Filho dorme, ela arruma o uniforme  
Tudo pronto pra quando despertar*

*O ensejo a fez tão prendada  
Ela foi educada pra cuidar e servir  
De costume, esquecia-se dela  
Sempre a última a sair*

*Disfarça e segue em frente, todo dia, até cansar (...)  
E eis que de repente ela resolve então mudar  
Vira a mesa, assume o jogo, faz questão de se cuidar  
(...!)  
Nem serva, nem objeto, já não quer ser o outro, hoje  
ela é um também (Desconstruindo Amélia, Pitty)*

*Soy lo que me enseñó mi padre  
El que no quiere a su patria, no quiere a su madre  
Soy América Latina  
Un pueblo sin piernas, pero que camina, ¡oye!  
(Latinoamérica, Calle 13)*

## RESUMO

PEREIRA, Bruna Carolina de Oliveira. **A Autonomia da Vontade da Mulher na Constituição De 1988: Uma Análise À Luz da Constitucionalidade do Aborto**

Esta obra tem como objetivo abordar a questão da autonomia da vontade da mulher na Constituição Federal de 1988, para tanto, primeiramente, analisou a questão dos avanços sociais e legais em relação aos direitos da mulher, bem como examinou a questão da autonomia da vontade da mulher a partir do texto constitucional. Em seguida, realizou uma análise conjunta acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, dissertando sobre a possibilidade de atribuir estes direitos fundamentais ao feto, bem como discorreu sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere a esta temática. Por último, foi realizado um breve resumo acerca da ADPF 442, que questiona a validade constitucional nos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez de forma absoluta, assim como foi realizada uma análise do voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, que ao julgar procedente, em parte, o pedido do Autor, reconhece tanto a constitucionalidade da realização da interrupção voluntária da gestação nas 12 primeiras semanas quanto a necessidade de preservação dos direitos fundamentais das mulheres. Desta forma, a partir de uma análise legal e de pesquisa bibliográfica, este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo realizar um estudo amplo acerca do aborto e da constitucionalidade desta prática, considerando que este, atualmente, é criminalizado pelo Código Penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Aborto; Constitucionalidade; Direitos; Autonomia; Mulher.

## ABSTRACT

PEREIRA, Bruna Carolina de Oliveira. **The Autonomy of Women's Will in the 1988 Constitution:** An Analysis in Light of the Constitutionality of Abortion

This work aims to address the issue of women's autonomy of will in the Federal Constitution of 1988. To this end, it first analyzed the social and legal advancements concerning women's rights, and then examined the issue of women's autonomy of will based on the constitutional text. Next, it conducted a joint analysis regarding the principle of human dignity and the right to life, discussing the possibility of attributing these fundamental rights to the fetus. It also elaborated on the Supreme Federal Court's jurisprudence concerning this subject. Finally, it provided a brief summary of ADPF 442, which questions the constitutional validity of articles 124 and 126 of the Penal Code (Decree-Law No. 2,848/1940), which absolutely criminalize voluntary pregnancy termination. Additionally, it analyzed the opinion of the Rapporteur, Minister Rosa Weber, who, in partially granting the Plaintiff's request, recognized both the constitutionality of voluntary termination of pregnancy within the first 12 weeks and the need to preserve women's fundamental rights. Thus, through legal analysis and bibliographic research, this thesis aims to conduct a comprehensive study on abortion and the constitutionality of this practice, considering that it is currently criminalized by the Brazilian Penal Code.

**Keywords:** Abortion; Constitutionality; Rights; Autonomy; Woman.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
HC	Habeas Corpus

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1. A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1. Breve histórico dos movimentos sociais em favor dos direitos da mulher .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2. Da teoria da colonialidade de gênero .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3. Retrospecto da legislação brasileira em relação aos direitos das mulheres ...</b>	<b>18</b>
<b>1.4. A autonomia da vontade da mulher .....</b>	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DO DIREITO À VIDA .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2. O Direito à vida .....</b>	<b>26</b>
<b>2.3. O Direito à vida do feto x o Direito à vida da mulher .....</b>	<b>27</b>
<b>2.4. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>28</b>
<b>CAPÍTULO 3. A IN(CONSTITUCIONALIDADE) DO ABORTO NO BRASIL .....</b>	<b>37</b>
<b>3.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 .....</b>	<b>37</b>
<b>3.2. Da constitucionalidade do aborto segundo o voto da Relatora da ADPF 442, Ministra Rosa Weber .....</b>	<b>39</b>
3.2.1. Do direito à vida .....	39
3.2.2. Do direito das mulheres: cidadania e autonomia .....	41
3.2.3. Dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher segundo a Constituição Federal de 1988.....	43
3.2.4. Da justiça social reprodutiva.....	45
3.2.5. Da inadequação da tutela penal para a proteção da vida humana.....	46
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

A expansão dos direitos da mulher data história contemporânea recente, considerando que somente a partir da Constituição de 1988, estes direitos foram tutelados. Neste sentido, atualmente, emerge na sociedade a necessidade de avanços constantes em direção ao reconhecimento destes direitos, bem como de ferramentas jurídicas capazes de promover a igualdade entre os gêneros, considerando que as mulheres são constantemente invisibilizadas e discriminadas.

Em razão desta necessidade, esta obra aborda a temática da autonomia da vontade da mulher na Constituição de 1988, realizando uma análise legal e jurisprudencial acerca do aborto e das questões que permeiam esta temática.

Desta forma, esta obra é dividida em três capítulos, sendo que primeiro trata da autonomia da vontade da mulher segundo a Constituição Federal de 1988, o qual foi dividido em quatro partes.

No primeiro capítulo, realiza-se uma breve análise acerca dos movimentos sociais em favor dos direitos das mulheres, uma vez que a conquista dos direitos femininos foi produto de muita luta. Ademais, diante da constatação de um cenário comum na América Latina no que se refere ao avanço dos debates e das demandas relativas ao aborto, foi explorado o conceito de colonialidade de gênero, que explica as relações de poder, domínio e hierarquia, mantidas durante o período colonial e que refletem nas manifestações sociais dos indivíduos até hoje.

Ainda, menciona-se acerca da evolução da legislação em relação aos direitos da mulher, bem como sobre o princípio da autonomia da vontade, conforme interpretação realizada a partir do texto constitucional, uma vez que a autodeterminação constitui elemento estruturante da dignidade da pessoa humana. Portanto, tutelar a autonomia e a liberdade da mulher significa preservar uma cidadania igualitária, bem como o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Ademais, o segundo capítulo versa sobre a dignidade da pessoa humana sob à luz do direito à vida. Desta forma, primeiramente conceitua-se o princípio da dignidade da pessoa humana, para, assim, partir para uma análise destes direitos fundamentais em conjunto.

Neste âmbito, verificou-se a impossibilidade de atribuição dos direitos fundamentais ao embrião em desenvolvimento, pois a Constituição somente imputa estes direitos à pessoa humana, isto é, aqueles que já nasceram, não realizado nenhuma menção ao embrião.

Deste modo, tendo em vista o direito à vida, constatou-se que a Constituição Federal apresenta diferentes níveis de proteção, dependendo do estágio de desenvolvimento biológico.

Conseqüentemente, o interesse na proteção dos direitos da mulher é muito maior, em comparação com a vida em potencial do embrião, dependendo do estágio da gravidez.

A seguir, explora-se a jurisprudência do STF, que, por meio da ADI 3.510, da ADPF 54 e do HC 124.306, avançou significativamente em direção à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, da autonomia, da integridade física e psíquica e da igualdade das mulheres, possibilitando que, atualmente, haja o enfrentamento da questão da constitucionalidade do aborto realizado nas 12 primeiras semanas de gestação, por meio da ADPF 442.

Por derradeiro, no terceiro capítulo é realizado um breve resumo acerca da ADPF 442, que questiona a validade constitucional nos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez de forma absoluta, assim como é realizada uma análise do voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, que ao julgar procedente, em parte, o pedido do Autor, reconhece tanto a constitucionalidade da realização da interrupção voluntária da gestação nas 12 primeiras semanas quanto a necessidade de preservação dos direitos fundamentais das mulheres.

Destarte, esta obra tem como finalidade trilhar um caminho a partir do texto constitucional que permita concluir pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade do aborto. Para tanto, é realizado o método de pesquisa bibliográfica sobre a temática tratada, bem como de pesquisa legal e jurisprudencial.

# CAPÍTULO 1. A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

## 1.1. Breve histórico dos movimentos sociais em favor dos direitos da mulher

Primeiramente, no que se refere aos direitos das mulheres de maneira ampla, o movimento feminista começou a atuar no Brasil no séc. XIX, primeiramente, tendo seu berço na elite intelectual da época e lutando pelo sufrágio universal, isto é, o direito ao voto feminino, o qual só foi conquistado no ano de 1934 (Felgueiras, 2017).

Portanto, neste primeiro momento, o movimento feminista não questionava o lugar da mulher na sociedade e, por via de consequência, não buscava a igualdade plena.

Com o transcorrer dos anos, veio a segunda onda feminista, na década de 60, a qual é chamada de “*o pessoal é político*”, de modo que, neste momento, é questionado o machismo e elitismo estrutural da sociedade brasileira, que colocava a mulher em uma posição de submissão, bem como justificava tal comportamento com o discurso de que este era o papel “natural” que a mulher deveria exercer perante a sociedade (Felgueiras, 2017).

Neste sentido, segundo Felgueiras (2017), foi neste momento em que a luta feminista começou a buscar a igualdade plena, a partir do entendimento que esta somente seria possível com a participação política da mulher e a efetivação da democracia:

*Assim, nesta fase a luta feminista se amplia em busca de uma real participação política da mulher na sociedade e da consolidação da democracia, mas principalmente pela igualdade de direitos muito mais ampla com reivindicações referentes à: Sexualidade, o direito ao prazer, ao corpo, quando se inicia o debate sobre direito ao aborto e contracepção, Violência em de todas as suas formas de opressão, tinha, ainda, como objetivo lutar contra o preconceito, discriminação e opressão. Mas a principal conscientização se dá no fato de que para buscar a tão sonhada igualdade era necessário discutir as políticas públicas para as mulheres, pois a opressão contra a à mulher estava institucionalizada nas leis e na visão que o Estado tinha do que era ser mulher (FELGUEIRAS, 2017, p. 114)*

Entretanto, estas reivindicações não surtiram efeitos práticos nesta época, pois a partir do Golpe Militar de 1964 e da promulgação do Ato Institucional nº 5 (AI5-1968), o movimento perdeu força, considerando que houve a implementação de censura e de repressão pelos militares, em face de qualquer movimento que apresentasse cunho emancipatório, libertário e revolucionário (Felgueiras, 2017).

Neste sentido, durante a ditadura militar, os movimentos feministas não encontraram espaço para atuação, pois estes não eram aceitos nem pelos militares e nem pelos militantes de esquerda. Assim, o movimento feminista desempenhou uma função de suma relevância enquanto resistência ao autoritarismo, à violência, à censura e à ausência de cidadania, bem como contribuiu com a ampliação do pensamento crítico.

O processo de ampliação do debate em torno da necessidade de proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher no que se refere ao aborto, ocorreu no Brasil apenas no final do século passado, concomitantemente com os demais países Sul-americanos, a partir do processo de redemocratização.

No Brasil, o estopim da luta pelos direitos das mulheres ocorreu paralelamente com a luta pelos direitos humanos e pela laicidade do Estado. Contudo, há que se dispor que, se por um lado os militantes ganhavam espaço, por outro lado havia também a criação das frentes parlamentares conservadoras com discurso religioso, que obstaram e permanecem obstando o desenvolvimento do debate político acerca do aborto como uma questão tanto de preservação dos direitos constitucionalmente preservados, bem como de saúde pública.

É importante frisar que o aborto é um dos temas centrais no que se refere à autonomia da vontade da mulher e à liberdade reprodutiva, pois, considerando a legislação vigente, a mulher não pode escolher se quer ou não seguir com a sua gestação e, portanto, não pode deliberar sobre o próprio corpo.

Isso porque, o Brasil está inserido no rol dos países com a segunda legislação mais proibitiva do mundo, dado que segundo a lei brasileira o aborto só é permitido nos casos em que há risco direto e comprovado à vida da mãe.

Estabelecendo uma comparação entre os países Latino-americanos, registra-se que quatro são mais permissivos em relação ao aborto, sendo eles: Guiana, Guiana Francesa, Uruguai e, mais recentemente, a Argentina. Nestes países a mulher pode escolher se quer ou não seguir com a gestação, independentemente de esta apresentar riscos à saúde (CNN, 2023).

Desta forma, assim como na Argentina, que recentemente aprovou a legalização do aborto, os movimentos feministas da América do Sul apresentam demandas consistentes em relação à legalização do aborto, não obstante, há uma dificuldade evidente destas serem atendidas pelo Estado (Abreu, 2019).

## 1.2. Da teoria da colonialidade de gênero

Conforme exposto no tópico anterior, salvo exceções, constata-se que há um cenário comum na América do sul em relação ao avanço dos debates e das demandas relativas ao aborto, e, conseqüentemente, à autonomia da vontade da mulher e a preservação dos direitos sexuais e reprodutivos desta.

Em relação a este tema, é de suma importância destacar que a teoria de colonialidade do gênero, desenvolvida pela filósofa feminista, Maria Lugones, explica que este cenário presente nos países latino-americanos se dá em razão da herança do processo de colonização, uma vez que, a partir deste, foi produzido uma série de dicotomias que delinearão o trajeto da modernidade (Abreu, 2019; Gomes, 2017).

Para que haja a compreensão acerca da teoria da colonialidade de gênero, e, conseqüentemente, do processo que moldou a cultura dos países latino-americanos, primeiramente, é necessário compreender o conceito de colonialismo, sendo que este consiste na prática de domínio de um Estado sobre um território conquistado, com o exercício de soberania política, a fim de que seja estabelecido e mantido um império.

Um dos pontos principais para manutenção do colonialismo, era o exercício de soberania cultural, que se dava por meio da inferiorização e mitigação das demais culturas que não fossem a Europeia. Portanto, a ocupação de espaços e o exercício de domínio só foi possível porque esta prática também foi realizada na cultura dos povos colonizados.

Neste sentido, a inferiorização dos povos colonizados se deu de uma forma muito violenta e em relação à cultura não foi diferente, pois a colonização promoveu o apagamento da cultura dos povos nativos, bem como implementou a elevação da cultura europeia no imaginário destes.

Portanto, os europeus se colocaram em uma posição superior, na qualidade de povos civilizados, detentores de uma história e pertencentes ao ocidente e com isso “justificando” a sua missão de civilizar o mundo. Deste modo, no âmbito cultural, os colonizadores disseminavam o discurso de que a Europa era o centro dos saberes, linguagens e memoriais, a fim de inferiorizar a população colonizada, bem como colocá-los em uma posição de povos não civilizados, bárbaros, sem cultura e, portanto, não humanos (Gonçalves; Ribeiro, 2018).

Assim sendo, entender o conceito de colonialismo, conforme exposto acima, é crucial para compreendermos as relações sociais estabelecidas no presente e como nós brasileiros, pertencentes aos povos colonizados da América Latina, manifestamos nossa cultura.

Isso porque, a dominação realizada pelos colonizadores permanece presente nas nossas relações sociais, mas de uma maneira diferente, isto é, por meio dos discursos, práticas e atitudes, cuja finalidade é subalternização dos povos colonizados e a permanência da hegemonia da nação colonizadora. (Gonçalves; Ribeiro, 2018).

Assim sendo, o conceito de colonialidade diz respeito ao processo de desumanização promovido pelos colonizadores em face dos povos colonizados. A partir deste, Maria Lugones elaborou a teoria denominada de “colonialidade de gênero”, sendo que esta se dá a partir de uma reflexão sobre raça e gênero (Gonçalves; Ribeiro, 2018).

Para Maria Lugones, o controle de condutas exercido por meio da colonialidade determina com clareza como podem ser os homens e as mulheres pertencentes à América latina, ou seja, fica estabelecido um padrão no qual o homem ocidental é superior ao homem não ocidental, ao passo que as mulheres não brancas sequer são consideradas neste sistema (Gonçalves; Ribeiro, 2018).

Portanto, a autopercepção dos povos da América Latina foi moldada por uma visão eurocentrista e por dicotomias inventadas pelos colonizadores, pois antes da chegada destes os povos latino-americanos viviam em estruturas tribais com outras posições de gênero, que não, necessariamente, a patriarcal imposta pelos colonizadores (Gonçalves; Ribeiro, 2018).

Partindo da teoria da colonialidade de gênero, extrai-se que, atualmente, numa hierarquia pré-estabelecida pelos colonizadores, a luta pelos direitos das mulheres latino-americanas é muito mais árdua se comparada com as das mulheres europeias, pois, conforme já mencionado, a colonialidade permanece presente até os dias atuais, por meio do saber, da cultura, do senso comum, da autoimagem, do cotidiano, do comportamento, das crenças, das formas de relação do trabalho e das formas de pensar (Gonçalves; Ribeiro, 2018).

Em razão disso, as conquistas em relação às mulheres da América Latina se dão de forma lenta e por meio de muita luta, pois a sociedade não enxerga essas mulheres como detentoras de direitos constitucionalmente preservados. Isso porque, o debate sobre a temática do aborto sempre perpassa apenas pela defesa da vida do feto, ignorando os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e, principalmente, o direito de esta deliberar sobre o próprio corpo (Abreu, 2019).

Contudo, urge a necessidade de debater sobre os direitos das mulheres, principalmente no que tange as consequências alarmantes que a omissão do Estado em relação à esta temática vem causando ao longo dos anos, pois os índices apontam que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não é capaz de obstar que esta continue sendo praticada de forma ilícita.



A partir deste mapa, resta evidente a predominância da cor verde nos países do hemisfério norte, isto é, aqueles em que a legislação vigente permite a prática do aborto, ao passo que os países do hemisfério sul, em sua grande maioria, proíbem tal prática.

Há também que se destacar que, em relação a América Latina, não há uma homogeneidade nas pautas feministas, pois cada país apresenta suas singularidades oriundas de suas raízes e dos seus respectivos processos históricos e políticos, o que acarreta diversas demandas distintas (Abreu, 2019).

Tanto é verdade que não há homogeneidade em relação as pautas feministas na América Latina, que a Argentina recentemente aprovou a descriminalização do aborto, se colocando na vanguarda dos direitos sociais na América Latina ao aprovar o Projeto de Lei de interrupção voluntária da gravidez, permitindo o aborto livre até a 14ª semana de gestação (El País, 2020).

Por fim, todas as disposições delineadas acima são importantes para compreender a complexidade envolvida nas lutas para as conquistas de direitos da mulher na América Latina e, conseqüentemente, no Brasil. Isso porque, conforme explica a teoria da colonialidade de gênero, as nossas relações sociais estabelecidas no presente são fruto de construções históricas, sendo que a da América Latina é marcada pela violência sofrida em razão da colonização, bem como pela imposição de uma mentalidade eurocentrista que promovia o apagamento e a inferiorização dos povos colonizados.

### **1.3. Retrospecto da legislação brasileira em relação aos direitos das mulheres**

Em relação à legislação, registra-se que, assim como a sociedade e os movimentos sociais, esta também evolui e buscou atender as necessidades emergentes, sendo necessário a análise da legislação brasileira e de como esta permitiu que, atualmente, haja uma valorização do ser humano em detrimento do patrimonialismo.

Primeiramente, é importante destacar que o Código Civil de 1916, surgiu como um produto do liberalismo e, conseqüentemente, trazia em seu teor as ideias desta teoria política, isto é, o individualismo e o patrimonialismo.

Conforme mencionado anteriormente, a redemocratização trouxe novos anseios e necessidade de mudança, de modo que o advento da Constituição de 1988 permitiu uma releitura dos ideais contidos no Código Civil de 1916, visando a preservação da dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade substancial, refletindo diretamente no Código Civil de 2002.

Neste sentido, a partir da Constituição de 1988 houve uma despatrimonialização e, conseqüentemente, sedimentação do princípio da solidariedade com a publicização de institutos tradicionais (Carvalho; Carvalho, 2012).

Além disso, a doutrina e a jurisprudência passaram a aplicar as normas públicas no âmbito privado, movimento este que também foi crucial para a modificação da noção de autonomia da vontade.

Considerando que um dos maiores fins do Estado é a promoção de uma vida digna a todos, a mudança de noção do legislador acerca da autonomia da vontade foi essencial para a visibilidade e promoção dos direitos das mulheres, das crianças, dos adolescentes, entre outros.

Segundo Pedro Lenza (2023), este movimento é chamado de novo constitucionalismo pluralista (andino ou indígena), isso porque, a partir das promulgações das constituições latino-americanas, há a sedimentação de um Estado Plurinacional, o qual reconhece, constitucionalmente, o direito à diversidade cultural e à identidade.

Portanto, o modelo Constitucionalista Pluralista implementado pela Constituição de 1988 rompe com antigos paradigmas, conforme dispõe Pedro Lenza (2023):

*Esse modelo de constitucionalismo pluralista pressupõe rupturas paradigmáticas, muito bem delimitadas por Raquel Yrigoyen Fajardo, a saber: a) colonialismo, b) constitucionalismo liberal, c) constitucionalismo social-integracionista e d) constitucionalismo pluralista (delimitado por 3 ciclos de reformas constitucionais):*

*colonialismo: vigorava a ideologia da “inferioridade natural dos índios”, em um modelo de subordinação;*

*constitucionalismo liberal (século XIX): construção do Estado-nação pelo “monismo jurídico”, ou seja, como bem anota Yrigoyen Fajardo, a existência de um único sistema jurídico dentro do Estado, sobressaindo-se um regramento geral para todos. A ideia de pluralismo jurídico, como forma de coexistência de vários sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico... não era admitida pela ideologia do Estado-nação, havendo exclusão dos povos originários, dos afrodescendentes, das mulheres, das maiorias subordinadas, buscando a manutenção da sujeição dos índios;*

*constitucionalismo social-integracionista (século XX): marcado pela Constituição do México de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, há o reconhecimento de direitos sociais e sujeitos coletivos, com a ampliação das bases de cidadania. O Estado define o modelo de integração dos índios com o Estado e o mercado, não havendo, contudo, rompimento da ideia de Estado-nação e monismo jurídico;*

*constitucionalismo pluralista (séculos XX e XXI): Yrigoyen Fajardo reconhece 3 ciclos marcantes e que ensejam importantes reformas constitucionais nos países latino-americanos, evidenciando-se novos atores sociais nos processos decisórios: a) ciclo multicultural (1982-1988); b) ciclo pluricultural (1989-2005) e c) ciclo plurinacional (2006-2009) (Lenza, 2023, p. 39)*

Neste âmbito, somente a partir do Constitucionalismo Pluralista, acima mencionado, e dos direitos por estes protegidos, é possível debater acerca da autonomia da vontade da mulher e da preservação dos direitos sexuais e reprodutivos desta.

#### **1.4. A autonomia da vontade da mulher**

Em sentido amplo, a autonomia da vontade está vinculada à independência, liberdade, autossuficiência, direito de reger-se segundo as suas próprias leis. Dessa forma, quando falamos em autonomia da vontade da mulher, estamos falando da liberdade que esta tem de gerir livremente sua vida e suas escolhas, isto é, de gozar de autodeterminação.

Neste âmbito, este direito, constitucionalmente assegurado, está estritamente ligado aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, uma vez que existe uma relação direta entre a autonomia da vontade e a garantia de bem-estar físico e psicológico, de uma vida sexual segura e de autodeterminação sobre o próprio corpo.

Segundo o art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, cada indivíduo é livre para decidir sobre ter ou não ter filhos:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 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. (Brasil, 1988)*

Portanto, em relação ao direito ao planejamento familiar, a Constituição veda a realização de qualquer espécie de coerção pelas instituições oficiais ou privadas. Ainda, a fim de garantir o exercício deste direito por todos, determina que o Estado deve oferecer os recursos educacionais e científicos necessários.

Em complemento, é importante destacar que a Constituição de 1988 estabelece a igualdade entre homens e mulheres, do qual também decorrem os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, conforme prevê o art. 5º, inc. I:

*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)*

Desta forma, a partir da interpretação conjunta de ambos os dispositivos é possível inferir que o texto constitucional dá amparo legal para a preservação dos direitos das mulheres no que se refere a autonomia da vontade e a liberdade sexual e reprodutiva.

Assim sendo, a autonomia da vontade da mulher segundo a Constituição Federal, está fortemente ligada ao preceito fundamental da cidadania. Dessa forma, as mulheres devem ter garantias políticas e sociais para estar livre de discriminação, opressão, maus tratos ou tortura, bem como proteção em relação a vulnerabilidade existencial para a vida em liberdade.

A cidadania traduz a condição de uma pessoa ter uma vida digna, uma vez que aqueles que são detentores de direitos e garantias dependem de políticas públicas e sociais, das redes de afeto e sociabilidade, do reconhecimento e segurança, para o desenvolvimento adequado ou, até mesmo, para a sobrevivência. Deste modo, as demandas de todos os indivíduos devem ter especial consideração, pois estas se dão em decorrência da vulnerabilidade existencial de cada um, cabendo ao Estado, por meio de políticas públicas promover o bem-estar social de todos, conforme previsão expressa da Constituição Federal.

Neste âmbito, considerando que somente mulheres engravidam e que nenhum método contraceptivo é totalmente eficaz, o direito ao aborto deve ser considerado como uma demanda das mulheres para o exercício da cidadania. Partindo desta premissa, questiona-se: como se dá a preservação da autonomia da vontade da mulher, por meio do planejamento familiar previsto pelo art. 226, § 7º da CRFB, se não há como evitar de forma absoluta a gravidez indesejada, ainda que a mulher seja portadora de todos os recursos financeiros necessários?

A resposta é simples, estes direitos são negados às mulheres por meio da criminalização do aborto previsto pelos arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro, impedindo que estas tenham um projeto de vida, com condições sociais e políticas que dê sentido à própria existência. Deste modo, conclui-se pela imposição da gravidez coercitiva pelo Estado.

Além disso, verifica-se que não há garantia mesmo considerando um mundo ideal, onde todas as mulheres possuem condições financeiras para ter acesso à informação, educação, saúde física e psicológica, dentre outros. Contudo, devemos voltar nossas percepções ao mundo real, onde grande parte das mulheres não possuem todos esses recursos e são vítimas do sistema

penal brasileiro, isto é, engravidam em decorrência da falta de recurso e seguem com a gravidez pelo mesmo motivo.

Neste sentido, segundo a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004), há que se considerar que os efeitos da criminalização do aborto, como por exemplo a limitação da autonomia da mulher, apenas espelham a desigualdade de renda da sociedade brasileira, uma vez que as mulheres marginalizadas e em condição de vulnerabilidade social são aquelas que levam adiante a gravidez por estarem sujeitas à ordem penal vigente, sem ter a possibilidade de se esquivar, como fazem as mulheres que possuem recursos financeiros para tanto.

A criminalização do aborto atrelada à inexistência de políticas públicas a fim de desenvolver a saúde sexual e reprodutiva da mulher não só interrompe qualquer possibilidade de a mulher ter um projeto de vida, mas também coloca em risco a vida desta, dado que o aborto inseguro é uma das maiores causas de morte materna no mundo, conforme informa a Organização Mundial Saúde (Martins, 2017).

Outrossim, o fato de a criminalização ocasionar a morte dessas mulheres por meio de uma cadeia de consequências, por si só já demonstra a ineficiência do Estado em relação à promoção da autonomia da vontade e de uma vida digna, sendo ruim o suficiente. Entretanto, este cenário fica ainda mais sensível considerando que essas mulheres morrem no anonimato, sendo este um efeito cruel da clandestinidade.

O anonimato é a regra, mas é possível mencionar três casos de aborto clandestino que tiveram repercussão midiática, inclusive, citados na petição inicial dos autos da ADPF 442, que discute acerca da validade constitucional da interrupção voluntária da gravidez, sendo eles: Jandira Magdalena dos Santos Cruz, Elizângela Barbosa e Caroline de Souza Carneiro, todas no estado do Rio de Janeiro.

Nestes casos, todas as três faleceram em decorrência do procedimento mal realizado, que sequer foi realizado por um médico, conforme detalhado pelo autor da ADPF 442:

*Elizângela Barbosa e Caroline de Souza Carneiro, todas no estado do Rio de Janeiro. Jandira, de 27 anos, mãe de duas meninas, não podia prosseguir com a terceira gravidez e por isso buscou uma clínica clandestina para realizar o aborto. Teria pago R\$ 4.500 pelo procedimento. Foi vista pela última vez em 26 de agosto de 2014, em uma rodoviária da zona oeste do Rio de Janeiro, de onde teria sido levada por um motorista até a clínica. Seu corpo foi encontrado no dia seguinte, mutilado e carbonizado, dentro de um carro. Elizângela, de 32 anos, mãe de três filhos, teria decidido interromper a quarta gestação por medo de, grávida, não conseguir retornar ao mundo do trabalho. Como Jandira, foi vista pela última vez ao se encontrar com um homem que a levaria até uma clínica clandestina em Niterói, em setembro de 2014. No dia seguinte, chegou morta à emergência de um hospital local.*

*Caroline tinha 28 anos e morava na cidade de Paraíba do Sul. Teria procurado uma clínica clandestina de aborto na cidade do Rio de Janeiro com ajuda do namorado. Seu corpo foi encontrado em 19 de agosto de 2016, abandonado na rua de uma cidade da Baixada Fluminense. Posteriormente um laudo confirmou que a causa da morte foi uma hemorragia interna decorrente de procedimento abortivo.<sup>1</sup>*

Em todos estes casos, essas mortes poderiam ter sido evitadas e, talvez, o procedimento do aborto nem teria sido realizado, caso essas três mulheres tivessem o suporte médico e psicológico que as orientassem e, principalmente, que respeitassem as suas respectivas escolhas.

Contudo, não é o que ocorre na prática, visto que os direitos fundamentais são recorrentemente violados, de modo que, todos os dias, “Jandiras”, “Elizângelas” e “Carolines” perdem suas vidas em razão da criminalização do aborto.

Ainda, em relação a este tema é importante destacar que, recorrentemente, a autonomia da vontade da mulher fica em segundo plano, pois há um clamor social em favor da vida do embrião, pautado em fatores éticos, morais e religiosos, contudo, é ignorado que a criminalização do aborto impõe à mulher uma condição sobre o próprio corpo que, por muitas vezes, não considera as suas escolhas pessoais, os fatores externos e o contexto social em que a mulher está inserida.

Deste modo, quando se fala sobre o aborto e sobre a autonomia da vontade da mulher, este tema é abarcado pelo moralismo religioso, que entende que a vida do feto é sagrada, motivo pelo qual este direito se sobressai em relação a todos os outros. No entanto, assim como as demais democracias constitucionais, nas quais o Estado é laico, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser neutro, promovendo a garantia do pluralismo razoável em face das diferentes concepções manifestadas pelos cidadãos.

Neste âmbito, o discurso religioso, principalmente cristão, em torno da questão do aborto deve ser deixado de lado, ao passo que a análise do aborto em relação à autonomia da vontade mulher e aos direitos sexuais e reprodutivos deve ser realizada sob uma ótica estritamente jurídica, pautando-se em evidências científicas que contribuam para a pacificação constitucional da controvérsia.

Caso o Estado não assuma a questão do aborto como jurídica, mas, sim, como moral, este deve reconhecer a sua conivência com todas as infrações realizadas em face dos direitos

---

<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, Relatora Ministra Rosa Weber.

das mulheres, isto é, assumir toda negligência, humilhação e possível enquadramento em práticas de torturas e de discriminação às mulheres, vide os casos mencionados acima.

Neste sentido, resta claro que a criminalização do aborto não obsta esta prática, tanto é verdade que a Organização Mundial da Saúde aponta que cerca de 55 milhões de abortos ocorreram no mundo, entre 2010 e 2014, e 45% destes foram inseguros. No Brasil, os dados sobre o aborto são incertos, justamente em razão da ilegalidade imposta (Cardoso, 2020).

Portanto, em relação ao aborto, há evidente necessidade de proteção dos direitos das mulheres, principalmente, no que tange à autonomia da vontade, partindo do pressuposto que a prática do aborto é recorrente em razão da criminalização imposta pelo Estado, devendo este efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente resguardados.

## CAPÍTULO 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DO DIREITO À VIDA

### 2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é amplo e exprime as finalidades que tanto o Estado quanto a sociedade civil almejam alcançar. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana consiste em um valor universal que respeita as diversidades socioculturais presentes na sociedade, quais sejam, físicas, intelectuais e psicológicas (Andrade, 2003; Dallari, 2002).

Deste modo, este princípio é composto por um conjunto de direitos existenciais compartilhados igualmente por todos os indivíduos que compõem a sociedade, tendo em vista que estes decorrem da própria condição de pessoa humana. Desta forma, não é necessário que o indivíduo tenha autoconsciência ou compreensão da própria existência para ser detentor destes direitos (Andrade, 2003).

Ademais, é importante frisar que a dignidade da pessoa humana consiste em um dos fundamentos da República, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inc. III:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988)*

A partir da interpretação deste dispositivo, verifica-se que o Legislador ao dispor sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição, assume compromisso com um dos valores mais importante para o homem, o direito à dignidade. Não obstante, o direito à dignidade preservado por meio deste dispositivo traduz a obrigação do Estado de reconhecer, respeitar, proteger, promover, desenvolver um direito que é inerente à existência de toda pessoa humana.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é um núcleo essencial de todo o direito fundamental e, portanto, possui relação direta com a temática do aborto, uma vez que este apresenta evidente controvérsia em relação ao direito à vida do embrião em face do direito à autonomia da vontade da mulher.

Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana é invocado tanto para proteger os direitos da mulher que pretender realizar a interrupção voluntária da gravidez, quanto para resguardar o feto, sendo que neste último caso, o conceito de dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado com o direito à vida.

## 2.2. O Direito à vida

O direito à vida é previsto pelo artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988: “*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 (...).*”

Este direito, portanto, consiste em um pressuposto de existência dos demais direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, por óbvio, o mais fundamental. Contudo, a sua imprescindibilidade e importância para o ordenamento jurídico não nos permite concluir que o direito à vida é absoluto. Neste sentido, em que pese a forte influência moral dos dogmas religiosos na sociedade brasileira, os quais conduzem à ideia de que a vida é sagrada, absoluta e intangível, este entendimento não foi adotado pelo legislador na Constituição de 1988.

Neste âmbito, há diferentes posições doutrinárias em relação ao direito à vida que merecem destaque, quais sejam, a restritiva e clássica. Primeiramente, a posição restritiva entende que, a partir do texto constitucional, o direito à vida traduz apenas o direito de não estar morto, portanto, não caberia ao Estado a obrigação de assegurar a todos uma vida digna, sendo apenas seu dever assegurar a vida de todos. Por outro lado, a posição clássica entende que ao Estado cabe a promoção da vida digna, isto é, deve garantir tanto a vida quanto o mínimo existencial a todos os indivíduos (Seferjan, 2017).

Portanto, partindo destas premissas, resta evidente que o conceito de direito à vida conforme expresso no texto constitucional está estritamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não é possível mencionar o primeiro sem, necessariamente, citar o segundo.

Assim, considerando que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida estão vinculados, o entendimento acerca do primeiro pode alterar a forma como o segundo é entendido. Em outras palavras, o conceito de dignidade da pessoa humana pode ser alterado de acordo com as circunstâncias, isso ocorre, por exemplo, quando o legislador decide por meio da lei vigente qual vida será protegida ou quando a sociedade opta pela implementação de uma política de natalidade específica. Deste modo, em ambas as situações mencionadas, o direito à vida é relativizado de acordo com a prioridade estabelecida pela sociedade naquele momento (Seferjan, 2017).

### 2.3. O Direito à vida do feto x o Direito à vida da mulher

Sempre que se dispõe acerca do direito à vida do feto, há uma controvérsia relevante sobre o momento em que é possível verificar que há vida. Os critérios científicos apontam a definição de vida celular, contudo, não há definição incontroversa sobre o momento em que começa a vida da pessoa humana. Da mesma forma, no âmbito da filosofia não há consenso acerca do instante exato em que se pode constatar que há vida embrionária.

Assim, este tema apresenta considerável complexidade, uma vez que não há um consenso moral geral acerca de quando se dá o início da vida humana. Contudo, a estrutura do constitucionalismo brasileiro, pautado no pluralismo e na laicidade do estado, protege as diferentes visões de mundo, uma vez que a diversidade, além de enriquecer o debate, é elemento essencial da democracia.

Desta forma, apesar do senso comum ter a ideia de que o início da vida é importante para o deslinde da questão referente ao direito à vida do feto, esta premissa não é verdadeira, uma vez que, apenas cabe ao ordenamento jurídico a análise da titularidade dos direitos fundamentais.

Neste âmbito, a Constituição é clara ao garantir por meio do art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Ora, este dispositivo somente faz menção àqueles indivíduos que já nasceram, não havendo qualquer referência ao feto ou embrião, isto é, àqueles que ainda não nasceram.

Portanto, a partir da interpretação deste dispositivo, que apresenta o rol de direitos fundamentais, registra-se que não há qualquer compromisso da Constituição Federal com a atribuição de direitos fundamentais ao feto ou ao embrião desde a sua concepção. Essa necessidade interpretativa e argumentativa em relação ao texto constitucional, se faz necessário em razão da indefinição das propriedades normativas dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Ademais, há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de proteção do feto, em razão da expectativa de vida que este apresenta. Neste sentido, o Código Civil de 2002 prevê, por meio do seu art. 2º, que o início da personalidade jurídica somente pode ser constatado a partir do nascimento com vida. Deste modo, ainda que a lei infraconstitucional preceitue diversos direitos ao nascituro desde a sua concepção, somente há produção de efeitos jurídicos após o nascimento, momento em que se adquire personalidade civil.

Deste modo, o interesse do Direito Privado ao estabelecer os direitos do nascituro desde a sua concepção reside na preservação da possibilidade do nascimento com vida, pois se assim não o for, não há transmissão de bens de acordo com o Código Civil.

Outrossim, é importante destacar que o aborto está inserido no rol dos crimes contra vida, o quais são regulados pelos arts. 121 a 128 do Código Penal brasileiro. Neste sentido, ao estabelecer um comparativo entre os demais crimes contra a vida e o aborto, verifica-se que há uma reprovabilidade muito maior quando se trata da relação de dois indivíduos já formados organicamente, não sendo o caso da gestante e do feto ou embrião. Portanto, a partir da análise das penas estabelecidas pelo Código Penal, há uma baixa expectativa em relação à gestante, uma vez que a outra parte da relação é um organismo que ainda não está integralmente formado.

Ademais, conforme já mencionado no tópico supra, o ordenamento jurídico brasileiro não confere à vida proteção absoluta, uma vez que prevê a possibilidade de realização do aborto em caso de estupro, conforme excludente de ilicitude prevista pelo art. 128, II, do Código Penal. Ademais, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de pena morte, em caso de guerra, vide arts. 84, inc. XIX e 5º, inc. XLVII, alínea “a”. Portanto, conclui-se que o direito à vida não é absoluto, dado que a legislação constitucional e infralegal comporta exceções bem delimitadas.

A partir do exposto, é possível inferir que o valor da vida humana em potencial não se confunde com o valor da vida da pessoa humana que já nasceu, uma vez que somente a segunda é possível atribuir a titularidade da proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, não há como ponderar o direito do nascituro em relação ao direito da gestante, dado que somente é possível a ponderação entre os valores constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.

#### **2.4. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

O caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação do texto constitucional no que concerne direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana é crucial para o debate em questão, tendo em vista há uma indefinição legal das propriedades normativas dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, conforme mencionado no tópico supra.

Ademais, com o passar dos anos a demanda da sociedade em relação à determinados temas tendem a modificar. Isso se dá em razão da percepção de mundo que modifica com o transcorrer do tempo e as necessidades vão emergindo em meio à essas mudanças.

Neste sentido, conforme já abordado, o papel social da mulher foi modificado com o passar dos anos, motivo pelo qual surgiu a necessidade de que tanto a legislação quanto a jurisprudência acompanhassem essas mudanças sociais.

Desta forma, cabe destacar que a promulgação do Código Penal brasileiro data o ano de 1940, isto é, a lei que determina a criminalização do aborto por meio dos arts. 124 e 126 está em vigor há mais de 60 anos. Ora, em 60 anos o Brasil passou por diversos eventos políticos com significativas mudanças sociais, quais sejam, golpe militar de 1964, a redemocratização com a promulgação da constituição cidadã de 1988, entre outros.

Em decorrência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também avançou significativamente em relação à autonomia da vontade da mulher e à temática do aborto, e isso se deu por meio da ADI 3.510, da ADPF 54 e do HC 124.306.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) propôs a ADPF 54, por meio da qual foi levado ao Supremo Tribunal Federal a problemática da atipicidade do aborto em caso de anencefalia do feto, ou seja, quando há um quadro grave de malformação fetal que impede qualquer possibilidade de sobrevivência extrauterina. Nos autos desta ação, foi concedida liminar para garantir que as mulheres gestantes de fetos anencefálicos pudessem interromper de forma voluntária a gestação, contudo, posteriormente essa decisão foi cancelada por entenderem pela necessidade de um julgamento prévio sobre o cabimento desta ação.

Durante o curso da ADPF 54, a Procuradoria-Geral da República propôs a ADI 3.510, a qual interpelou a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, que autorizava a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas e descartadas de clínicas de reprodução assistida. Nesta ação, a tese apresentada pela parte autora defendia o direito à vida, fundando no princípio da dignidade da pessoa humana, considerando que a partir da fecundação o embrião seria dotado de vida, motivo pelo qual os referidos dispositivos infra legais seriam inconstitucionais.

Nos autos da ADI 3.510, foi necessário que o Supremo Tribunal Federal consignasse sobre quando se dá o início da vida humana, para, assim, poder analisar acerca da constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005. Neste caso, em 29.05.2008, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu pela constitucionalidade da pesquisa com embriões, vide ementa do acórdão (grifo próprio):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). **III - A PROTEÇÃO**

**CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.**

**IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veícula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).**

**V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do**

Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidacão no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com

os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.<sup>2</sup>

Desta forma, ao julgar totalmente improcedente a ADI 3.510, o Supremo Tribunal Federal deixou de delimitar o momento em que é possível inferir o início da vida humana, contudo, traçou uma linha de raciocínio para demonstrar que não é possível imputar direitos fundamentais ao embrião ou feto, considerando que o estatuto de pessoa humana somente é atribuído após o nascimento com vida.

A ADPF 54, apesar de ter sido ajuizada antes da ADI 3.510, foi julgada quatro após, isso porque havia uma urgência na decisão sobre a constitucionalidade da realização de pesquisa com células-tronco embrionárias, bem como na necessidade de delimitar o início da vida humana. Assim sendo, o julgamento da ADI 3.510, foi de suma relevância para que Corte pudesse produzir um percurso argumentativo em relação ao tema.

Neste âmbito, após 8 anos de tramitação da ADPF 54, em 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do aborto em caso de anencefalia, conforme ementa do acórdão:

*ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER –*

---

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, Relator Ministro Ayres Brito, julgado em 29/05/2008, publicado no Diário de Justiça em 29/05/2010.

*LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.*<sup>3</sup>

Assim sendo, somente nesta oportunidade a Corte adentrou o tema da interrupção voluntária da gravidez ao analisar a constitucionalidade da criminalização do aborto nos casos dos fetos anencefálos. O julgamento anterior da ADI 3.510, com a adoção do entendimento de que os direitos fundamentais somente são atribuídos a partir do nascimento, possibilitou que a Corte concebesse um arcabouço interpretativo para análise da questão da possibilidade de se realizar a interrupção voluntária da gravidez nos casos dos fetos anencefálos, tendo em vista que a sua malformação conduziria à atipicidade do aborto.

Mais adiante, foi impetrado o Habeas Corpus 124.306, que se tratava da prisão preventiva de funcionários de uma clínica clandestina de aborto localizada no Rio de Janeiro. Nesta oportunidade, a Primeira Turma decidiu pela soltura dos pacientes, tendo em vista que estavam ausentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar, conforme ementa do acórdão (grifo próprio):

*Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. **Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.** 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam*

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012, publicado no Diário de Justiça em 30/04/2013.

*e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corrêus.<sup>4</sup>*

Neste sentido, tendo em vista os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal consignou a respeito da necessidade de excluir do âmbito de incidência a tipificação do aborto realizado no primeiro trimestre de gestação.

Desta forma, delineado acima, a Corte superou diversas questões que estão no entorno da problemática envolvendo o aborto e os direitos da mulher, quais sejam: (i) a atribuição de direitos fundamentais somente pode ser realizada após o nascimento, motivo pelo qual é constitucional realização de pesquisas em células tronco-embriônicas; (ii) reconhecimento da atipicidade do aborto em caso de anencefalia do feto, em razão da sua má formação e da impossibilidade de sobrevivência extrauterina, bem como considerando que não há direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro; e (iii) adotou o entendimento de que, de acordo com a interpretação conforme à Constituição, a criminalização do aborto viola os direitos fundamentais das mulheres, motivo pelo qual o aborto realizado nos primeiros 3 meses de gestação deve ser excluído do âmbito de incidência da tipificação prevista pelos arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro.

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Habeas Corpus (HC) nº 124306, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/08/2016, publicado no Diário de Justiça em 17/03/2017.

Diante do exposto, registra-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou significativamente em direção à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade das mulheres. De modo que, somente a partir da construção e sedimentação deste arcabouço jurídico argumentativo, há a possibilidade de enfrentamento da questão da constitucionalidade do aborto realizado nas 12 primeiras, por meio da ADPF 442.

## CAPÍTULO 3. A IN(CONSTITUCIONALIDADE) DO ABORTO NO BRASIL

### 3.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442

Para dispor acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do aborto no Brasil, cabe ressaltar que está em trâmite a ADPF 442, a qual foi ajuizada pelo P-SOL (Partido Socialismo e Liberdade). Desta forma, a parte autora apresentou a referida ação de controle concentrado de constitucionalidade com validade constitucional nos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez de forma absoluta:

*Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:*

*Pena - detenção, de um a três 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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (Brasil, 1940)*

Em suma, o Autor alega que os artigos supramencionados não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual é necessário excluir do âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária nas 12 primeiras semanas, a fim de que seja garantido às mulheres o direito constitucional de realizar o aborto, em observância ao princípio da autonomia da vontade, sem que haja necessidade de qualquer forma de aval do Estado, assim como deve ser garantido que os profissionais de saúde possam realizar o referido procedimento.

Ainda, o Autor pontua que as razões jurídicas que justificaram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, dado que os seguintes preceitos fundamentais foram violados: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, CRFB); a cidadania (art. 1º, III, CRFB); a não discriminação (art. 3º, IV, CRFB); a inviolabilidade da vida, desde a concepção (art. 5º, caput, CRFB); a liberdade (art. 5º, caput, CRFB); a igualdade (art. 5º, caput e I, CRFB); a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante (art. 5º, caput e III, CRFB); o direito à saúde e ao planejamento familiar das mulheres (arts. 6º, caput, 226, § 7º, CRFB) e os direitos sexuais e reprodutivos (decorrentes dos direitos a liberdade e igualdade) (art. 6º, caput, combinado com o art.196, CRFB).

Ainda, tendo em vista a concorrência dos preceitos fundamentais mencionados em relação à problemática envolvendo a tipificação do aborto voluntário como crime contra vida, o Requerente alegou que, neste caso, deve ser aplicado a regra da proporcionalidade como

método de raciocínio jurídico-constitucional, uma vez que se faz necessário a proteção dos direitos das mulheres, principalmente nas 12 primeiras semanas de gestação, dado que o aborto é classificado como uma questão de saúde pública.

Em contraposição, a Advocacia Geral da União, assim como outras autoridades responsáveis pelo ato normativo, contra-argumentara o Autor no sentido de que o direito à vida é absoluto desde a concepção, alegando que este argumento seria suficiente para fundamentar a criminalização do aborto, conforme prevê os arts. 124 e 126 do Código Penal. Portanto, estas autoridades entendem pela não aplicação da regra da proporcionalidade para solucionar eventual conflito de interesses ou de direitos fundamentais.

Desta forma, nos autos da ADF 442 as partes debatem acerca da controvérsia constitucional envolvendo a validade do ato normativo que tipifica como crime a decisão pela interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação. Deste modo, por meio do controle concentrado, o Requerente indaga acerca da compatibilidade da tutela criminal do aborto com a Constituição Federal.

O tema levantado nesta ação é muito sensível e apresenta extrema complexidade, considerando todo o histórico mencionado nos tópicos anteriores, isto é, histórico social e jurídico dos direitos da mulher no Brasil.

A referida ação ainda está em trâmite, contudo, recentemente a Relatora, Ministra Rosa Weber, proferiu seu voto nos seguintes termos: “(...) *Ante as razões expostas, julgo 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.*”<sup>5</sup> Neste sentido, atualmente, aguarda-se o voto do Colegiado para definir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do aborto realizado nas 12 primeiras semanas de gestação.

Contudo, ainda que não tenha sido proferido o acórdão com respectivo trânsito em julgado, o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, foi importantíssimo diante de toda construção jurisprudencial dos últimos anos, uma vez que, ao julgar procedente, em parte, o pedido do Autor, reconhece tanto a constitucionalidade da realização da interrupção voluntária da gestação nas 12 primeiras semanas quanto a necessidade de preservação dos direitos fundamentais das mulheres.

---

<sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, Relatora Ministra Rosa Weber.

### **3.2. Da constitucionalidade do aborto segundo o voto da Relatora da ADPF 442, Ministra Rosa Weber**

Diante do exposto, considerando a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, e, principalmente, o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, nos autos da ADPF 442, o qual será elucidado neste tópico, verifica-se que ao analisar os dispositivos da Constituição Federal, conclui-se pela constitucionalidade do aborto.

Isso porque, ao avaliar todas as questões que permeiam a temática da autonomia da vontade da mulher em relação à intervenção voluntária da gravidez, não é possível extrair nenhum óbice constitucional que justifique a criminalização do aborto realizado nas 12 primeiras semanas de gestação.

Neste sentido, nos tópicos infra serão explicados os principais pontos levantados pela Ministra Rosa Weber, nos autos da ADPF 442, os quais constroem o entendimento sobre a constitucionalidade do aborto, uma vez que os arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro violam dos direitos fundamentais da mulher.

#### **3.2.1. Do direito à vida**

Primeiramente, é importante retomar a questão do direito à uma vida digna, uma vez que a legislação brasileira apresenta clara intenção de proteção da vida em potencial do feto. Contudo, seguindo os preceitos constitucionais, não há como imputar aos embriões os direitos fundamentais atribuídos às pessoas nascidas, sendo este o caso da gestante.

Neste sentido se dá o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, consignando que: “*Da interpretação sistemática do desenho institucional da Constituição Federal, outra inferência não tem suporte normativo. Em abstrato, a vida humana tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento. Desse modo, a depender do estágio de desenvolvimento biológico do feto, diminui-se o interesse em sua proteção face a precedência da tutela dos direitos da mulher.*”<sup>6</sup>

Desta forma, a tipificação prevista pelo Código Penal não define o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois estes que delimitam a tutela das normas infralegais. Portanto, o argumento em relação a proteção do direito à vida desde a concepção, com base na tipificação do aborto como crime contra a vida previsto pelos arts. 124 e 126 do Código Penal brasileiro

---

<sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, Relatora Ministra Rosa Weber.

não prospera, uma vez que por meio destes somente se verifica a escolha legal pela tutela da vida humana em potencial.

Neste âmbito, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao interpretar os arts. 5º, caput e 1º, inc. III, da CRFB, conclui-se que o texto constitucional não atribui aos embriões os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, visto que somente as pessoas nascidas são detentoras destes direitos fundamentais. Desta forma, não há igualdade jurídica subjetiva entre as pessoas nascidas e o embrião ou feto, pois não há igualdade dos sujeitos mencionados.

Ainda, frisa-se que o reconhecimento da proteção absoluta do direito à vida desde à concepção implicaria no reconhecimento da proibição de qualquer hipótese de interrupção da gestação, sendo que não é o que ocorre, uma vez que a legislação prevê exceções, segundo as quais o direito à vida é relativizado.

Assim sendo, em relação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, a Relatora, Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 442, estabelece que:

*De fato, quando da análise da questão da interrupção voluntária da gravidez, a primeira premissa que se coloca e a da contraposição necessária entre os direitos fundamentais do feto e os da mulher gestante, como se se tratasse de conflito bipolar de bens jurídicos relevantes. Todavia, essa premissa e equivocada e coloca a discussão a respeito do problema como insolúvel e um choque entre dois direitos absolutos, sem factibilidade de concordância prática. A escolha e por um ou outro direito.*

*Afasto essa forma de ver e investigar o problema constitucional. Primeiro, porque não há falar em direito fundamental a vida do embrião ou feto. Segundo a premissa hermenêutica aqui adotada parte da concepção ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como já consolidado na história decisória desse Supremo Tribunal Federal. Terceiro, qualquer solução do litígio constitucional passa necessariamente pelo juízo de proporcionalidade, como método de interpretação constitucional, considerada a concorrência de valores fundamentais no caso.<sup>7</sup>*

Ademais, este entendimento adotado pelo constitucionalismo brasileiro sobre o afastamento da tese do direito à vida desde o momento da concepção, está em consonância com a posição assumida pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, dado que este também entende pela necessidade de estabelecimento de harmonia em relação aos demais direitos fundamentais, quais sejam, os das mulheres.

---

<sup>7</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, Relatora Ministra Rosa Weber.

### 3.2.2. Do direito das mulheres: cidadania e autonomia

Em segundo lugar, é importante se debruçar sobre os direitos da mulher e de toda carga histórica advinda do processo de colonização que os povos latino-americanos sofreram, visto que este produziu efeitos de caráter discriminatório e excludente. Neste sentido, registra-se que houve significativos avanços nas conquistas de direitos, mas que ainda estão presentes na sociedade brasileira e, por conseguinte, na legislação, resquícios de subjugação e invisibilização da mulher.

Em decorrência disso, a Relatora, Ministra Rosa Weber, aborda em seu voto a questão da conquista dos direitos femininos pelas mulheres, uma vez que este resulta de um processo gradual e de um fenômeno recente na história contemporânea, razão pela qual há necessidade evidente de avançar, reconhecer e produzir ferramentas jurídicas capazes de promover a igualdade, conforme prevê a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, *caput*, CRFB/88).

Assim, na qualidade de guardião da Constituição Federal, cabe à Corte do Supremo Tribunal Federal resolver as questões inerentes à sociedade brasileira, colocando em prática o texto constitucional no que se refere o direito à igualdade.

Partindo desta premissa, para tanto, é necessário a promoção da cidadania igualitária entre homens e mulheres, sobretudo no que diz respeito à autonomia como elemento estruturante da dignidade da pessoa humana, para que assim as mulheres possam gozar dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Desta forma, quando se trata da autonomia da vontade e da liberdade da mulher, geralmente o debate está voltado para a questão da maternidade, condição natural que constitui um fator diferencial que somente atingem às mulheres. Isso se dá, pois, especificamente neste ponto, fica escancarado o tratamento judicial desproporcional em torno da questão, o que por sua vez produz distinção envolvendo o gênero feminino.

Neste ponto, é importante destacar que o tratamento jurídico desproporcional se por meio da criminalização do aborto, uma vez produz efeito discriminatório, empurrando cada vez mais as mulheres para uma condição de vulnerabilidade social.

Ademais, o princípio da igualdade restringe os poderes constituídos em relação à promoção dos direitos fundamentais, motivo pelo qual a legislação que cria distinções no contexto factual da regra deve apresentar uma justificativa suficiente e lógica para a sua aplicação, mostrando-se proporcional de acordo com os critérios mínimos de avaliação de valores.

Portanto, a fim de que este direito fundamental seja respeitado conforme determina o texto constitucional, a diferença de tratamento realizada por meio da legislação deve ser amplamente justificada por meio de argumentos racionais, bem como atender o juízo de proporcionalidade em sede constitucional. Assim, há que, obrigatoriamente, existir uma relação entre a medida adotada e o resultado prático, uma vez que este último deve atender as finalidades almejadas.

Neste sentido, a determinação legal que proíbe a interrupção voluntária da gravidez sob a justificativa de proteção da mulher, na realidade apenas traduz uma discriminação, que perpetua imposições de papéis sociais pré-estabelecidos à mulher. Deste modo, a mulher é impedida de ter um projeto de vida e de gozar da sua autodeterminação, pois a ela é imposto o exercício do papel biológico da reprodução, afastando-a cada vez mais da oportunidade de exercício da cidadania plena e igualitária, bem como impedindo que a coletividade caminhe em direção à justiça, liberdade e solidariedade.

Além disso, por si só a gravidez já acarreta diversas consequências para a vida gestante, uma vez que provoca mudanças fisiológicas e biológica extremas. Em razão disso, a maternidade não pode ser imposta à mulher como forma de manutenção de uma estrutura discriminatória de gênero, pautada no conceito patriarcal e hierárquico da família e na distribuição de papéis sociais estáticos.

Desta forma, a maternidade e a paternidade, por se tratar de conceitos amplos, compreendem processos psicológicos, culturais e sociais, o qual pode ou não incluir a gestação. Neste sentido, assim como o homem que escolhe a paternidade, a mulher também tem o direito de optar pela maternidade, visando alcançar os seus objetivos de vida.

Diante de todo o exposto sobre os direitos da mulher e do exercício pleno da cidadania e da dignidade da pessoa humana, verifica-se que a maternidade deve ser oriunda de uma escolha pessoal e jamais de uma imposição coercitiva. Afinal, há uma pluralidade gigantesca de realidades sociais no Brasil e a obrigatoriedade da continuidade da gestação, sem considerar as singularidades oriundas da realidade vivida pela gestante, caracteriza a violência institucional contra a integridade física psíquica e moral da mulher.

Assim, o Estado ao exigir que a mulher exerça a maternidade, a utiliza como um objeto que está à disposição das decisões do Estado, ao menos considerando suas vontades e deliberações sobre seu projeto de vida e, principalmente, sobre seu próprio corpo.

Por óbvio, o livre desenvolvimento da personalidade previsto constitucionalmente por meio da disposição acerca da garantia de uma vida digna a todos, envolve a autonomia para, de acordo com a consciência e as escolhas pessoais de cada indivíduo, traçar os rumos da própria

vida. Assim, este direito fundamenta o núcleo essencial e inviolável do direito à liberdade, o qual está incluso o direito à liberdade reprodutiva.

Deste modo, conclui-se que não há conflito entre os direitos fundamentais constitucionalmente atribuídos, uma vez que a mulher, detentora destes direitos, tem a prerrogativa de requerer a tutela do Estado no que se refere a garantia de sua dignidade e autodeterminação. Desta forma, mostra-se necessário que haja uma proteção adequada na esfera da saúde reprodutiva, como medida de proteção tanto para a mulher quanto para o feto em desenvolvimento.

### **3.2.3. Dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher segundo a Constituição Federal de 1988**

Na seara dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, diferentemente daqueles já mencionados anteriormente, este direito está vinculado à tutela da pessoa humana. Assim, diante dos vetores hermenêuticos do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, dispostos no preâmbulo e no art. 1º, inc. III, da CRFB, este direito não pode ser reduzido apenas à tutela exclusivamente prestacional.

Desta forma, o Estado deve tanto garantir que não haja interferência na integridade física e mental dos indivíduos, exceto quando há uma restrição devidamente fundamentada, quanto promover políticas públicas imprescindíveis à proteção apropriada do direito. Neste sentido, a Constituição Federal, por meio do arts. 6º e 196, estabelece que a saúde é um direito social de todos, determinando a implementação de uma agenda positiva direcionada à efetivação deste direito.

Para que a promoção do direito à saúde seja promovida de forma eficiente, este deve se dar em duas vertentes essenciais: preventiva e reparatória. Primeiramente, a vertente preventiva, como o próprio nome diz, é direcionado ao campo da proteção da inviolabilidade da integridade física e mental dos indivíduos, assim como é responsável pela promoção da disseminação de educação e de informação. Por outro lado, a vertente reparatória é voltada ao manejo das patologias e da eliminação de riscos à saúde.

Assim, no que se refere ao direito à saúde de uma forma geral, o papel do Estado na efetivação deste direito se dá por meio do agir positivo, ao concretizar a acessibilidade das prestações tanto normativas quanto materiais, sempre observando o orçamento público designado a este fim, bem como através do agir negativo, isto é, a não intervenção arbitrária na esfera privada dos indivíduos.

Tendo em vista estes pressupostos generalistas, é importante consignar que no campo da proteção do direito à saúde da mulher, é de suma importância a realização de um exame sistemático acerca dos preceitos constitucionais que compõem o desenho institucional da ordem social, ou seja, do teor dos arts. 6º, *caput*, 193, 196 e 223, § 7º, todos da CRFB/88, os quais devem ser analisados a partir do vetor normativo da dignidade da pessoa humana previsto pelo art. 1º, inc. III, da CRFB/88.

A Relatora dos autos da ADPF 442, Ministra Rosa Weber, ao analisar a previsão legal estabelecida por estes dispositivos, concluiu que o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher está de acordo com o que estabelece a Constituição Federal. Isso porque: (i) o exercício da sexualidade e da reprodução consistem em elementos constitutivos do direito à saúde; (ii) os conteúdos determinados por meio do poder constituinte podem ser validados, sem intermediação política, desde que sejam retirados da cláusula constitucional do direito à saúde, que constitui um princípio; e (iii) o direito ao planejamento familiar intensifica a necessidade de proteção dos direitos sexuais e reprodutivos.

Portanto, considerando o cenário brasileiro, a promoção da saúde sexual e reprodutiva da mulher consiste em um produto de três fatores relevantes, sendo eles: a integridade física e psíquica da mulher, a segurança no acesso dos serviços médicos e a liberdade reprodutiva. Neste sentido, as mulheres são titulares do direito de ter acesso às opções e métodos contraceptivos, aos serviços de informações e, se necessário, aos procedimentos médicos e medicamentos, os quais devem ser oferecidos e promovidos pelo Estado.

Deste modo, o conceito de saúde da mulher abrange os direitos sexuais e reprodutivos, e, por via de consequência, o controle e redução da mortalidade materna e suas causas. Assim, o número de mortalidade materna está diretamente relacionado com a qualidade das políticas públicas ofertadas pelo Estado, ou seja, quanto maior o índice de mortalidade materna, maior a insuficiência da promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Ademais, neste voto, é realizado uma análise da interpretação dos princípios do direito internacional de proteção dos direitos humanos e, a partir desta, classifica-se os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como parte integral dos direitos humanos, considerando que a tutela deste é essencial para o exercício dos demais.

Deste modo, atingir as metas internacionais, como por exemplo desenvolvimento social, a erradicação da pobreza, a promoção da equidade, a universalização do acesso à saúde reprodutiva e a diminuição do índice de morte materna, está diretamente vinculado com a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Outrossim, a análise normativa acerca dos direitos sexuais e reprodutivos evidencia que este é produto do reconhecimento de que a mulher possui autoridade moral, bem como capacidade para decidir deliberar sobre a sua vida reprodutiva.

Portanto, o Brasil na qualidade de signatário de Tratados Internacionais, bem como de Planos de Ação derivados das Conferências do Cairo e de Pequim, compromete-se com a adoção de medidas legislativas ou executivas devidas, a fim de promover e tutelar os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e adolescentes, promovendo políticas públicas no âmbito da saúde.

#### **3.2.4. Da justiça social reprodutiva**

Em relação à justiça social reprodutiva, registra-se que há falhas estruturais na promoção desta, uma vez que é inviabilizado o acesso das mulheres à informação, à educação, aos serviços de atendimento de saúde, aos procedimentos médicos seguros, entre outros. Assim, conforme visto no tópico supra, a falta de acesso à saúde interfere diretamente na satisfação das demais condições sociais para uma existência digna.

Desta forma, a ineficiência na promoção de políticas públicas acarreta diversas consequências, como por exemplo a gravidez indesejada, que não pode ser evitada de forma absoluta em razão de diversos fatores envolvidos, quais sejam: falta de acesso ao sistema de saúde reprodutiva preventiva, falibilidade dos métodos contraceptivos, violência sexual a que as mulheres são submetidas, entre outros. É importante mencionar que estes aspectos se tornam ainda mais graves considerando o contexto social em que a mulher está inserida, pois quanto maior a marginalização maior o risco de gravidez indesejada.

Assim, não há como não responsabilizar a mulher pelas variáveis inerentes à vida humana, isso porque todas estão sujeitas a falha no planejamento ou no uso de medicamentos e procedimentos seguros de contracepção. Neste âmbito, a criminalização do aborto consiste em uma responsabilização excessiva e desmedida da mulher, restringindo seus direitos fundamentais injustificadamente.

A gravidez indesejada acarreta diversas consequências na vida da mulher e, diante da ausência de políticas públicas, a única forma encontrada por esta para ter o efetivo controle de fecundidade é a realização do aborto ilegal.

Neste sentido, a promoção da justiça social reprodutiva passa, necessariamente, pelo diálogo acerca do acesso ao aborto seguro e da tutela das demais políticas públicas em favor da saúde da mulher. Isso porque, as pesquisas apontam que aborto inseguro consiste em uma das

quatro causas diretas da mortalidade materna, o que não pode ser ignorado pelo Estado, pois isso significaria ignorar a morte de todas essas mulheres.

Portanto, a estrutura institucional da justiça social reprodutiva assume a centralidade no debate sobre a tutela devida para a proteção da dignidade da pessoa humana no que se refere ao aborto, tanto da perspectiva das mulheres quanto do valor intrínseco ao estado constitucional.

### **3.2.5. Da inadequação da tutela penal para a proteção da vida humana**

Por último, cabe destacar sobre a inadequação da tutela penal para a proteção da vida humana, uma vez que a criminalização do aborto prevista de Código Penal não responde de forma positiva à regra da proporcionalidade, especialmente no que tange à regra da proporcionalidade e da adequação em sentido estrito, pois não alcança as finalidades legislativas almejadas.

Isso se dá em decorrência da incapacidade normativa da criminalização da interrupção voluntária da gravidez para intervir nas questões intrínsecas à autonomia da mulher, bem como pelo fato de que há evidente lacuna substantiva entre a finalidade da tutela penal e a prática social.

Neste sentido, a tutela penal que criminaliza o aborto está vigente há mais de 70 anos, e durante o transcurso deste tempo ficou evidente a ausência de resultados significativos em relação à inibição de prática da interrupção voluntária da gravidez, assim como da proteção do embrião.

Desta forma, neste caso, há a tentativa de proteção do bem jurídico tutelado, isto é, do embrião. Contudo, a sanção penal não protege os sujeitos envolvidos (a mãe e o embrião), como também não possui eficácia para a efetivação da proteção do valor da vida humana, da maternidade, do planejamento familiar, e da própria entidade familiar.

Portanto, nas palavras da Ministra Rosa Weber: *“(...) a criminalização mostra-se como tutela ineficiente e inadequada na redução do estigma social da discriminação, assim como na conformação das políticas estruturantes do sistema de justiça social reprodutivo, baseado na acessibilidade, na igualdade de oferta e na autonomia da mulher em conduzir o planejamento familiar e seu projeto de vida. Vale dizer, a criminalização não sustenta a validade do*

*argumento subjacente a regra, consistente na proteção da vida humana a partir da redução dos abortos”.*<sup>8</sup>

Neste sentido, a redução do número de abortos passa pela promoção de condições para o desenvolvimento do planejamento familiar, em um cenário de liberdade reprodutiva e de respeito à autonomia da vontade da mulher.

Desta maneira, tendo em vista a ineficácia da tutela penal para a proteção da vida em potencial, devem ser consideradas três perspectivas, quais sejam, social, jurídica e da tutela penal. Primeiramente, do ponto de vista social, a inapropriação da criminalização do aborto está evidenciada por meio das práticas sociais vivenciadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é imposto à mulher o ônus excessivo com base no gênero, impedindo coercitivamente que esta venha praticar o aborto em casos de gravidez indesejada. Por fim, a tutela penal, por sua vez, prevê a restrição da liberdade da mulher que realiza o aborto, indo de encontro com os imperativos da idoneidade, racionalidade e da legalidade constitucional.

Destarte, a criminalização da interrupção voluntária da gravidez se mostra como política estatal inadequada, considerando que não soluciona as questões envolvendo esta temática, inclusive, a tutela penal de restrição da liberdade da mulher contribui para que o aborto ilegal seja cada vez mais praticado pelas mulheres.

---

<sup>8</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, Relatora Ministra Rosa Weber.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, é preciso ter em vista a evolução histórica dos movimentos sociais em favor da mulher no Brasil, bem como compreender a teoria da colonialidade de gênero, que explica as relações de poder, domínio e hierarquia, as quais foram mantidas durante o período colonial e que refletem até hoje na sociedade, por meio das raízes históricas. Isso porque, estes fatores sociais são importantes, pois influenciam diretamente na legislação, razão pela qual somente por meio da Constituição Federal de 1988 houve a efetivação dos direitos fundamentais da mulher.

Ademais, é importante ressaltar as considerações realizadas acerca da autonomia da vontade da mulher segundo a Constituição Federal de 1988, uma vez que a autodeterminação constitui elemento estruturante da dignidade da mulher. Portanto, tutelar a autonomia e a liberdade da mulher significa preservar uma cidadania igualitária, bem como o desenvolvimento da comunidade política que esta mulher está inserida.

Ainda, com base nos fundamentos constitucionais, verificou-se a impossibilidade de atribuição dos direitos fundamentais ao embrião em desenvolvimento, pois a Constituição Federal de 1988 somente imputa estes direitos à pessoa humana, isto é, aqueles que já nasceram, de modo que não realiza nenhuma menção ao nascituro.

Deste modo, o texto constitucional apresenta diferentes níveis de proteção, dependendo do estágio de desenvolvimento biológico. Consequentemente, o interesse na proteção dos direitos da mulher é muito maior, se comparado à vida em potencial do embrião, dependendo do estágio da gravidez.

Neste sentido, em relação à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, a jurisprudência do STF, por meio da ADI 3.510, da ADPF 54 e do HC 124.306, avançou significativamente em direção à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade das mulheres, possibilitando que, atualmente, por meio da ADPF 442, haja o enfrentamento da questão da constitucionalidade do aborto realizado nas 12 primeiras semanas de gestação.

Desta forma, a ADPF 442 é suma relevância para o tema abordado nesta obra, uma vez que esta ação do controle concentrado de constitucionalidade questiona a validade dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez de forma absoluta. Nos autos deste processo (ADPF 442), a Relatora, Ministra Rosa Weber, julgou procedente, em parte, o pedido do Autor, reconhecendo tanto a

constitucionalidade da realização da interrupção voluntária da gestação nas 12 primeiras semanas quanto a necessidade de preservação dos direitos fundamentais das mulheres.

Assim sendo, partindo destas premissas iniciais e seguindo o entendimento do voto da Ministra Rosa Weber, conclui-se pela constitucionalidade do aborto realizado no início da gestação, uma vez a interpretação do texto constitucional nos permite inferir que a atribuição de direitos fundamentais somente se dá em face das pessoas nascidas.

Assim, em primeiro lugar, para o ordenamento jurídico brasileiro a vida não constitui um direito absoluto, dado que o Código Penal autoriza a realização de aborto em casos de estupro, bem como a Constituição Federal prevê uma exceção que permite a adoção de pena de morte.

Neste sentido, aprofundando a análise do direito à vida, é de suma relevância considerar que apenas a proteção da vida em potencial não apresenta sentido lógico, dado que há a necessidade de proteção da gestante, considerando que ambos estão interligados pelo cordão umbilical, bem como pelo fato de que a gestação ocorre no interior do seu corpo físico. Desta forma, diante das complexidades desta relação estabelecida, é necessário refletir sobre os caminhos adequados para à tutela de ambas as vidas. Isso porque, a proteção da vida em potencial do embrião somente é efetivada quando inserida no âmbito de proteção dos direitos fundamentais da mulher grávida.

Desta forma, é evidente que a questão do aborto deve ser transferida da seara da persecução penal para a saúde pública, visto que esta questão está inserida no âmbito das políticas sociais de justiça reprodutiva. Neste âmbito, comparado os países da América Latina que possuem uma legislação proibitiva em relação ao aborto com os demais países do mundo em que o aborto é legalizado, verifica-se que neste segundo caso há um decréscimo lógico no número de mortes maternas e, conseqüentemente, uma diminuição do número de aborto realizado.

Isso se dá, pois, a descriminalização do aborto deve ser acompanhada de políticas públicas capazes de resguardar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher de uma forma absoluta. Neste âmbito, é importante ressaltar que a tutela do Estado em relação estes direitos não impedem que a gravidez indesejada deixe de ocorrer, pois nesta obra já foi mencionada sobre a falibilidade dos métodos contraceptivos, contudo, a partir da disseminação de informação, educação, medicamentos e, atendimento médico, se necessário, o índice de fecundidade diminui consideravelmente.

Assim, é de conhecimento amplo que as ferramentas institucionais mencionadas acima promovem a efetivação do direito da mulher, respeitando sua autodeterminação e, por via de

consequência, fomentando a proteção do valor da vida intrauterina, protegendo o direito à vida da mulher e diminuindo o número de mortalidade materna.

Portanto, medida necessária o reconhecimento de que o tratamento do ordenamento jurídico brasileiro em face da questão do aborto por meio da tutela penal é inadequado e insuficiente, uma vez que não atinge a finalidade pretendida. Dessa forma, é necessário a desconstrução de paradigmas em relação à mulher, por meio do reconhecimento desta como detentora de direitos constitucionalmente preservados, cabendo ao Poder Público tanto a descriminalização do aborto quanto a construção de um sistema de proteção social dos direitos reprodutivos das mulheres, com base na prevenção da gravidez indesejada.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Thaís Cunha de. **O feminismo decolonial e a politização do corpo da mulher: a luta pela descriminalização do aborto na América do Sul**. 2019. 23 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O Princípio Fundamental da Dignidade Pessoa Humana e sua Concretização Judicial**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 01 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510**. Distrito Federal. Relator: Ministro Luíz Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>> Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Distrito Federal. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124306**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>> Acesso em 10 nov. 2023.

CARDOSO, B. B. et al. **Abortion in Brazil: what do the official data say?** Cadernos de Saúde Pública, v. 36, 2020.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado; CARVALHO, Valéria de Sousa. **Direitos Humanos e Autonomia da Vontade da Mulher: A Liberdade Sexual e Reprodutiva e a Problemática Do Aborto**. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa – a. 3, n. 6, p.82 - 110 jul/dez., 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 2, p. 653–660, fev. 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?lang=pt>>. Acesso em 04 nov. 2023.

FELGUEIRAS, Ana Cláudia M. Leal. **Breve Panorama Histórico do Movimento Feminista Brasileiro. Das Sufragistas ao Ciberfeminismo**. In: Revista Digital Simonsen, Nº 6, Maio. 2017. Disponível em: [www.simonsen.br/revistasimonsen](http://www.simonsen.br/revistasimonsen) ISSN:2446-5941. Acesso em 04 nov. 2023.

GOMES, Fernanda Marcela Torrentes. **"Eu aborto, tu abortas, somos todas clandestinas" mídia e aborto: uma perspectiva do feminismo decolonial**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/188077>>. Acesso em: Acesso em 04 nov. 2023.

GONÇALVES, Josimere Serrão; RIBEIRO, Joyce Otânia Seixas. Colonialidade de Gênero: O Feminismo Decolonial de María Lugones. S471a Seminário Corpo, Gênero e Sexualidade (7. : 2018 : Rio Grande, RS). Disponível em: < <http://www.7seminario.furg.br/> >. Acesso em: Acesso em 04 nov. 2023.

JORDÃO, P. **Aborto é legalizado em 77 países mediante apenas solicitação; confira quais.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/aborto-e-legalizado-em-77-paises-mediante- apenas-solicitacao-confira-quais/>>. Acesso em 05 nov. 2023.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado** - 27a edição 2023. [s.l.] Saraiva Educação S.A., 2023.

MARTINS, E. F. et al. [**Multiple causes of maternal mortality related to abortion in Minas Gerais State, Brazil, 2000-2011**]. Cadernos De Saúde Publica, v. 33, n. 1, p. e00133115, 13 fev. 2017

MOLINA, M. C., Federico Rivas. **Argentina legaliza o aborto e se põe na vanguarda dos direitos sociais na América Latina.** Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-29/votacao-historica-no-senado-de-projeto-para-legalizar-aborto-na-argentina.html>> Acesso em 04 nov. 2023.

NASCIMENTO, L. V. do. Aborto: preceitos constitucionais e o respeito à autonomia da vontade da mulher. **Saúde Ética & Justiça**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 03-12, 2021. DOI: 10.11606/issn.2317-2770.v26i1p03-12. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/183099>>. Acesso em 04 nov. 2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida digna: direito, ética e ciência: os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SEFERJAN, Tatiana Robles. **A Constitucionalidade do aborto.** São Paulo. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2017.

VEIGA, E. **As maiores vítimas do aborto no Brasil.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/02/21/as-maiores-vitimas-do-aborto-no-brasil.htm>>. Acesso em 04 nov. 2023.