

ABORTO: a constitucionalidade da criminalização

Flávia Rocha Pereira¹
Flávia Christiane Cruvinel Oliveira²

RESUMO

O aborto frente a legislação vigente brasileira e a Carta Magna de 1988 adota a prática do aborto como crime. Ressalvado, os casos de aborto terapêutico humanitário e hodiernamente casos de anencefalia. A Constituição Federal vigente, adota essa posição, pois no seu texto preconiza o direito a vida e o princípio da dignidade humana. Desta feita, se vigorassem leis que descriminalizariam a conduta do aborto haveria um divórcio do Código Penal Brasileiro com a Constituição de 1988. Ato esse que seria totalmente impossível, visto que a Constituição é a Lei Maior e todos os seus respectivos Códigos vigoram com os princípios basilares sustentados na Carta Magna de 1988. Nessa seara, denota-se totalmente constitucional a criminalização da prática do aborto.

Palavras-chave: Descriminalização. Constitucionalidade. Crimes. Aborto. Constituição.

ABSTRACT

Abortion under Brazilian law and the 1988 Constitution adopted the practice of abortion as a crime. Undoubtedly, cases of humanitarian abortion and nowadays cases of anencephaly. The current Federal Constitution adopts this position, because in its text it advocates the right to life and the principle of human dignity. Therefore, if there were laws that would decriminalize the conduct of abortion, there would be a divorce of the Brazilian Penal Code with the Constitution of 1988. This would be totally impossible, since the Constitution is the Major Law and all of its Codes are in force with the principles based on the Constitution of 1988. In this section, it is totally constitutional to criminalize the practice of abortion.

¹ Acadêmico do curso de Direito – Faculdade Atenas

² Docente do curso de Direito – Faculdade Atenas

Keywords: Decriminalization. Constitutionality. Crimes. Abortion. Constitution.

INTRODUÇÃO

O projeto visa à pesquisa da extensão e a polemica sobre descriminalização do aborto. O questionamento existente não é decorrente da atualidade, já que o aborto é uma técnica milenar que aparentemente é socialmente reprovada.

Os debates se pautam na linha de autonomia da mulher sobre seu corpo até a vida do feto.

As teorias desfavoráveis à descriminalização do aborto defendem a ideia de que a decisão de continuar ou não a gestação, não cabe à genitora, visto que são adeptos a teoria que o feto é uma vida, portanto não cabe ao ser humano decidir ou não sobre sua continuidade.

Em contrapartida, as teorias favoráveis embasam-se no fato que o aborto é praticado comumente, mesmo sendo proibido, colocando apenas as mulheres que não possuem condição financeira suficiente, em perigo de morte. .

Existem algumas exceções em que o aborto já é legalizado no Brasil, como a gravidez proveniente de estupro, em caso de risco de morte a gestante e recentemente nos casos em que o feto for anencéfalo, porém esses casos não diminuem a incidência de abortos clandestinos e das mortes que ocorrem em virtude desta pratica.

A questão é que o Estado não pode ser omissos em relação às milhares de mulheres que morrem em virtude da interrupção ilegal da gestação.

O número expressivo das mortes decorrente dessa pratica trouxe pontos negativos a saúde pública e penalizar aquelas que cometem tal ato não tem diminuído sua incidência.

A intenção deste trabalho não é incitar a pratica do ato e tão pouco criticar quem já o praticou, o objetivo é adentrar no assunto e observar-se quanto a constitucionalidade da criminalidade do ato e porque as legislações que tentaram descriminalizar o aborto não vingaram.

Foi abordado o conceito do aborto, as espécies e formas aceitas no Brasil, bem como o principio da dignidade humana o direito a vida, as teorias da personalidade jurídica e o conceito de anencefalia e Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental nº 54.

ABORTO

CONCEITO

A palavra aborto vem do latim “*ab-ortus*” para fazer oposição ao termo “*orior*”, que significa nascer (Dicionário, 2011, “*online*”). Desta forma, entende-se que o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez. Mirabette (2011, p.57) apresenta o seguinte conceito para aborto:

Aborto é a interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) ou feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão não deixando de haver, no caso, o aborto.

Visto isso, entende-se que o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto antes do tempo determinado para que se finalize a gestação. Essa interrupção pode se dar por acidentes, causas naturais, ou como prevê o Código Penal vigente, causas criminosas.

TIPOS DE ABORTO

Verardo (1996, p.23-24) diferencia os tipos de aborto. Aborto espontâneo é aquele quando ocorre por algum fator natural, são aqueles que não têm interferência externa, acontece por alterações no próprio corpo da mulher. Já o aborto provocado, é aquele em que ocorre a interrupção intencional da gestação, ou seja, há interferência mecânica ou química. Nessa seara, existe a possibilidade de várias formas para executar o aborto, ação, omissão, sugestão.

O Direito Penal brasileiro trata o aborto como a interrupção da gestação entre o momento da concepção e a gestação, não tendo especificado um lapso temporal mínimo para que a prática seja considerada aborto, necessitando apenas da conduta em si para a caracterização do mesmo. Destarte, vê-se que desde a concepção até a data anterior à gestação a indução do aborto é considerada crime, nesse sentido apenas o aborto induzido é considerado crime. Capez (2012, p.131) afirma:

Provocar é o núcleo (verbo) do tipo penal em estudo. Significa dar causa, originar o aborto. A ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar o ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio).

O Código Penal vigente é taxativo quando elenca as formas de aborto com previsão legal. Dispõe:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Aborto provocado por terceiro.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

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 Forma qualificada.

Forma qualificada

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

Aborto necessário

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: [\(Vide ADPF 54\)](#)

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Destarte, todas as vezes que se estiver diante de um fato tipificado no Código Penal, deverá se analisar qual a situação do caso concreto para saber se é um crime ou se existe a excludente de licitude.

ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM CONSENTIMENTO

O artigo 124 do Código Penal trata do auto aborto, ou seja, quando a mulher pratica o aborto em si, ou quando ela consente que alguém o faça. Nesse caso trata-se de uma teoria pluralista, teoria essa que é adotada como exceção no Código Penal, para se aplicar justamente a esse caso. Essa teoria trata quando há diversidades de condutas mesmo que tendo um resultado comum, nesse caso cada um responde por um delito. A mulher que provocou o aborto é incurso do art. 124 do Código Penal, quando alguém faz o aborto na gestante, incurso no art. 126 do Código Penal. Nesse sentido, Nucci (2014, p.294) explica:

b) teoria pluralista (cumplicidade do delito distinto ou autonomia da cumplicidade): havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, ainda que provocando somente um resultado, cada agente responde por um delito. Como exceção, o Código Penal adota essa teoria ao disciplinar o aborto (art. 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque” – e art. 126 – “Provocar aborto com o consentimento da gestante”), fazendo com que a gestante que permita a prática do aborto em si mesma responda como incurso no art. 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em lugar de ser coautor dessa infração, responda como incurso no art. 126 do mesmo Código.

Nucci (2014, p.375), ainda frisa que no caso da gestante permitir que alguém lhe faça aborto ela é parcialmente culpável do resultado, afirma que a parcialidade da culpabilidade ocorre quando “tem alguma contribuição sua para gerar o delito do qual é vítima”.

ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO

O aborto provocado por terceiro, diz tanto a respeito do artigo 125 do Código Penal, bem como do artigo 126 do mesmo diploma. A diferença que há nos dois artigos é que no primeiro não há o consentimento da vítima, já no segundo o aborto é feito por terceiro, mas com a anuência da gestante. Em ambos os crimes o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e inexistente a forma culposa.

No crime do artigo 125, é apenado pelo Código Penal de forma mais gravosa, tendo como pena reclusão de três a dez anos. Porque fere tanto a vida do feto como a integridade física da gestante.

Não precisa haver o dissenso da gestante, basta que haja o emprego de algum meio abortivo, por exemplo, administrar doses de substâncias abortivas na bebida da gestante. Capez (2012, p.138) disciplina a respeito do dissenso:

Dissentimento real. O dissentimento é real quando o sujeito emprega contra a gestante: a) fraude: é o emprego de ardil capaz de induzir a gestante em erro; por exemplo: médico que, a pretexto de realizar exames de rotina na gestante, realiza manobras abortivas; b) grave ameaça contra a gestante: é a promessa de um mal grave, inevitável ou irresistível; por exemplo: marido desempregado que ameaça se matar se a mulher não abortar a criança, pai que ameaça expulsar a filha de casa se ela não abortar; c) violência: é o emprego de força física; por exemplo: homicídio de mulher grávida com conhecimento da gravidez pelo homicida.

Noutro giro, no crime tratado no artigo 126 do Código Penal, tem que haver o consentimento da gestante, consentimento esse que deve ser válido. Capez (2012, p.13) explica:

Consentimento válido: “é necessário que a gestante tenha capacidade para consentir, não se tratando de capacidade civil”. Neste campo, o Direito Penal é menos formal e mais realístico, não se aplicando as normas do Direito Privado. “Leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante”. O terceiro que praticar manobras abortivas na gestante, que consentiu validamente, responderá pelo delito do art. 126 do CP (aborto com o consentimento da gestante).

Insta salientar que o consentimento da gestante deve durar durante todo procedimento, ou seja, se ela desistir em qualquer momento que seja antes de concretizar o aborto, quem o fez incorre no crime tipificado no artigo 125 do Código Penal.

O parágrafo único do artigo 126 prevê que a pena será a mesma do artigo 125 caso a gestante seja menor de 14 anos, alienada, deficiente mental, ou se a prática é praticada com dissentimento real. Capez (2012, p.139) exemplifica:

Assim, se, por exemplo, uma menor de 12 anos de idade, moradora de rua, que não possua qualquer representante legal, vier a engravidar, será necessária a nomeação de curador especial para a obtenção da autorização. Sem essa cautela, o aborto realizado pelo médico configuraria o crime previsto no art. 125 do CP.

Nesse sentido, qualquer que seja o consentimento de uma gestante incapaz é inválido, fazendo com o que o sujeito ativo pratique aborto sem consentimento.

FORMA MAJORADA

Quanto a forma majorada Nucci (2014, p.524), entende que:

Hipóteses da figura qualificada: a) lesões graves ou morte da gestante e feto expulso vivo: tentativa de aborto qualificado; b) aborto feito pela gestante, com lesões graves ou morte, havendo participação de outra pessoa: esta pode responder por homicídio ou lesão culposa (se previsível o resultado prejudicial à gestante) em concurso com autoaborto, já que não se aplica a figura qualificada à hipótese prevista no art. 124.

A forma majorada somente se aplica aos artigos 125 e 126 do Código Penal, e acontecem quando em virtude do aborto ou dos meios usados a gestante sofre lesão corporal grave, podendo a pena ser aumentada de um terço, ou podendo a pena ser duplicada se em virtude do aborto a gestante vier a óbito.

2.2.4 EXCLUDENTE DE ILICITUDE

A excludente de ilicitude trata das hipóteses que acontecem o aborto legal, ou seja, as formas em que o aborto são aceitos no ordenamento jurídico brasileiro. Nucci (2014, p.525) disserta sobre o assunto:

Aborto terapêutico: trata-se, como já mencionado, de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da mãe e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso (art. 128, I, CP).

Aborto humanitário ou piedoso: em nome da dignidade da pessoa humana, no caso da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente (art. 128, II, CP).

O Diploma Penal vigente no país, permite o aborto em casos de perigo de morte a gestante, chamado de aborto necessário; e aborto humanitário, como a doutrina classifica, que é o aborto quando a gravidez é resultado de estupro.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A VIDA

Desde o preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 demonstra a criação de um Estado de Direito, que visa garantir o efetivo exercício dos direitos individuais e sociais, liberdade, bem estar, segurança como ideais de uma sociedade igualitária. Piovesan (2013, p. 88) destaca que:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art.1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático.

Esses dispositivos trazidos na Carta Magna brasileira mostra evidente a preocupação do constituinte em priorizar o direito de se viver bem, com dignidade, segurança, como forma de exercer uma justiça social e característica de um Estado democrático de direito. Entende-se então que a dignidade da pessoa humana é o critério base que orienta toda a Constituição Federal de 1988. Piovesan (2013, p.90) disserta nesse sentido:

Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido, Isso é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Hoerster(1992, p.95) ressalta que “são os Estados, em particular os constitucionais respeitosos dos direitos e das liberdades, que criam o princípio jurídico-político da dignidade humana. Essa criação se faz, em grande medida, como uma maneira de tentar garantir a paz e a convivência humana pacífica”.

O princípio da dignidade humana surgiu como forma de resposta após a crise das derrotas jurídicas, como o fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Surgiu com urgência a necessidade de garantir uma forma que as pessoas não sofressem mais as opressões do positivismo jurídico.

Sobre a importância e necessidade do princípio da dignidade da pessoa humana para Bonavides (2000, p.233) "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana".

A Constituição Federal de 1988 é dividida de forma que cada título trata-se de um determinado assunto. No Título II, o Constituinte trouxe em cinco capítulos os “Direitos e Garantias Fundamentais” que são assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse viés, insta salientar o que é direito fundamental. Pinho (2002, p.65) disserta que os direitos fundamentais são “considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes”.

Paulo e Alexandrino (2014, p.100) diferenciam direitos de garantia da seguinte maneira “os direitos fundamentais são os bens em si mesmo considerados, declarado como tais nos textos constitucionais. As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.”.

O caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 elenca os cinco principais direitos fundamentais, dentre eles o direito a vida. O direito a vida corresponde à classe dos direitos individuais, visto que está interligado com o conceito de pessoa humana.

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 [...]

É cediço que o direito a vida é princípio basilar trago na nossa carta Magna, princípio esse assegurado a todos, sem distinção, de importância tão grande que transcende a área jurídica e seu estudo percorre por várias áreas. Segundo Moraes (2005, p.30) “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.”.

Resta claro, que se o direito a vida não for garantido não faz sentido outro ser. Paulo e Alexandrino (2014, p.121) dispõem:

Expresso no caput do art. 5.º, o direito a vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado. A Constituição protege a vida de forma geral, não só a extrauterina como também a intrauterina. Corolário da proteção que o ordenamento jurídico brasileiro concede a vida intrauterina é a prática do aborto, somente permitindo o aborto terapêutico como meio de salvar a vida da gestante, ou o aborto humanitário (...) é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de grande repercussão na sociedade, decidiu que não constitui crime a interrupção de feto anencefalo.

Nessa seara, quando o Código Penal, criminaliza o aborto, esta diante da proteção integral do direito a vida do feto e do princípio da dignidade humana, ou seja, o direito de vir a nascer e nascendo viver de forma digna.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº54

Prefacialmente é de extrema importância conceituar o que vem a se Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que é a competência que o Supremo Tribunal Federal tem para legislar quando uma norma descumpra uma regra estabelecida na Constituição Federal de 1988. Paulo e Alexandrino (2014, p. 904), dissertam sobre as características da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nos moldes que seguem:

Ademais, cabe salientar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em desse de ADPF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação nortearão o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades federadas.

Doutrinariamente, não se tem um conceito exato da amplitude do significado da expressão “preceitos fundamentais” que o legislador utilizou. Nery Jr. e Nery (2002, p.1478) destacam que:

São fundamentais, entre outros, os preceitos constitucionais relativos: ao estado democrático de direito (CF 1.º caput); b) à soberania nacional (CF 1.º I); c) à cidadania (CF 1.º II); d) à dignidade da pessoa humana (CF 1.º III); e) aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF 1.º IV); f) ao pluralismo político (CF 1.º V); g) aos direitos e garantias fundamentais (CF 5º); h) aos direitos sociais (CF 6.º a 9.º); i) à forma federativa do estado brasileiro; j) à separação e independência dos poderes; l) ao voto universal, secreto, direto e periódico.

Nota-se então que a expressão preceitos fundamentais abarca o princípio da dignidade humana e o direito a vida. E é nesse sentido que se iniciou a discussão acerca do aborto de feto anencefalo. Segundo Penna (2005, “online”)tecnicamente anencefalia é:

A anencefalia é um defeito congênito decorrente do mau fechamento do tubo neural que ocorre entre o 23 e 28 dias de gestação. Trata-se de um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais.

Em regra, considera-se o feto anencefalo como um feto morto neurologicamente, a morte neurológica é a impossibilidade de consciência, mas considerando o nascimento com vida, de uma criança nesses termos, entende-se que a expectativa de vida é de algumas hora e no máximo poucos dias.

O pontapé inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 foi com a jovem Gabriela de Oliveira Cordeiro, 19 anos, que morava em Teresópolis, Rio de Janeiro. Gabriela teve seu pedido de *Habeas Corpus* negado em primeira instancia e deferido

em segunda instância, quando um Padre de Anápolis, Goiás impetrou um novo pedido de *habeas corpus*, só que em favor do feto no Supremo Tribunal de Justiça, que derrubou a decisão que permitia que Gabriela tivesse a antecipação do parto. Gabriela gestava no sexto mês, quando o Procurador regional da República no Rio de Janeiro, Daniel Sarmiento, teve a ideia de propor uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, apoiando tanto tecnicamente como institucionalmente o Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), ajuizaram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54, que visava não descaracterizar o aborto como crime, mas garantir que os preceitos fundamentais elencados na Constituição Federal, como princípio da dignidade humana, princípio da autonomia da vontade e princípio da saúde, fossem efetivos, conforme resalta Chemin (2009, “online” . Quando o *habeas corpus* foi impetrado no Supremo Tribunal Federal, foi o primeiro caso concreto que chegava a mais alta corte. Porém em pleno julgamento sobre o assunto chegava a informação que Gabriela tinha dado a luz a Maria Vida, nome que o feto tinha recebido, que a criança tinha nascido, sobrevivido por sete minutos e falecido. O *habeas corpus* foi arquivado. Mas impulsionou e demonstrou a urgência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme narra Mariz (2012, p.10). O Serviço de Pesquisa Jurídica (2008, *online*), trouxe os seguintes dados:

Entre 2001 e 2006, os tribunais de Justiça do País receberam 46 pedidos de interrupção da gravidez de anencéfalos. Em 54% dos casos, a decisão foi favorável à mulher, permitindo o procedimento. Em outros 35% o pedido foi negado. Nas demandas restantes, o tempo para decisão foi tão longo que o feto morreu antes. Os dados são de estudo inédito realizado pelo Programa de Apoio a Projetos em Sexualidade e Saúde Reprodutiva (Prosare), ligado ao Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). Atualmente, nos países da América do Norte, Europa e parte da Ásia é permitido o aborto em todos os casos de malformações incompatíveis com a vida. Desde 2003, a Argentina tem lei semelhante. A proibição permanece em países muçulmanos, em parte da África e da América Latina, segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Não se trata de não querer uma gestação, trata-se de biologicamente a anencefalia ser má formação incompatível com a vida extrauterina, haja vista que o marco para aferir a morte de uma pessoa se dá com sua morte cerebral, conforme preconiza Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Podendo ainda causar grandes riscos a saúde da gestante. Melo (2013, *online*) destaca resumidamente a justificativa desses preceitos fundamentais.

- dignidade da pessoa humana: tal fundamento encontra respaldo na reaproximação do direito à ética, após as barbáries do nazismo e a utilização do positivismo estrito e foi alçado a um dos pilares da atual Constituição e do Estado Democrático de Direito. A violação de tal pedra angular em todos os seus aspectos se daria pelo fato de que, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe que não irá sobreviver, causando-lhe dor, angústia e frustração desmedidos e desnecessários, podendo ser comparado à tortura psicológica.

- legalidade, liberdade e autonomia da vontade :a antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo não se enquadra no tipo legal de aborto, portanto, não é proibido pelo ordenamento jurídico, sendo certo que o indivíduo pode fazer, dentro de sua autonomia, aquilo que não é vedado por lei. A não aceitação de tal prática restringe a liberdade e a autonomia de vontade da gestante.

- direito à saúde: foi levado em consideração o conceito de saúde utilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como o completo bem-estar físico, mental e social, de forma que impedir a antecipação terapêutica do parto importaria em injustificável restrição ao direito à saúde.

Depois de delineado os motivos e a legitimidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54, iniciou-se um longo julgamento, com a oitiva de toda sociedade, dentre eles movimentos feminista, movimento diocesano. E foi decidido por oito votos a dois que o aborto de feto anencefálo não é considerado crime. Dentre os dois votos contra a procedência da Arguição de Descumprimento Federal teve-se o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que seguiu duas linhas de raciocínio, a primeira era analisando que o Congresso Nacional poderia ter elencado no rol taxativo de permissão do aborto no Código Penal, já o teria feito. E o outro ponto é que a permissibilidade do aborto de fetos anencefálos poderia abrir precedente para o aborto de fetos com qualquer outra patologia que demonstrasse pouca expectativa de vida. Acompanhado pelo voto do Ministro Cezar Peluzo que reiterou o entendimento que a competência de legislar positivamente cabe ao Congresso Nacional (Supremo Tribunal Federal, 2012, “*online*”):

Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão”, afirmou. “Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional.

Entendido nesse caso, que foi respeitado o direito a vida do feto que não foi impedido de se desenvolver, mas que devido a fatores biológicos não condiz com a vida extrauterina, nesse viés vigora-se então o direito da gestante de escolher continuar com a gestação ou não. O Ministro Marco Aurélio (Supremo Tribunal Federal, 2012, “*online*”.) no seu voto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54, proferiu as seguintes palavras:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

A ementa final foi proferida nos seguintes moldes (Supremo Tribunal Federal, on-line):

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.
FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Vislumbra-se então a primazia pela laicidade do Estado, pela primazia que os preceitos fundamentais sejam respeitados, visto que não há que se falar em direito do feto, pois o mesmo não possui o primeiro fator garantidor de todos os outros princípios que é a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a todo o exposto, denota-se que o aborto é assunto fortemente debatido desde os primórdios e muito se questiona sobre a sua constitucionalidade ou não.

Analisa-se as possibilidades de aborto existentes traços no Código Penal Brasileiro e nesse sentido, busca-se resguardar o princípio basilar que o mesmo diploma trata que é o princípio da dignidade humana. A excessão acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, de não correr em crime quem pratica o aborto do feto anencefalo tem por base que viola-se inteiramente esse direito quando expõe a mulher a fato que pode ser evitado e a sofrimento inútil, tendo em vista que a mulher se chegar a ter um parto com vida, não ira poder desfrutar da vida do seu filho. Cabendo somente a gestante analisar e decidir antecipar o parto ou não. Por isso

As outras formas de aborto aceitas no Brasil, são tratadas como necessárias ou humanizadas, não existe a obrigação de antecipar o parto ou não, mas existe a faculdade da gestante poder decidir, visto que é seu psicológico que irá preponderar à situação.

Dignidade deriva de *dignitas* que tem sentido similar a respeitar, ou seja, em casos que não existe a responsabilidade da gestante pela gestação, o Judiciário resolveu respeitar o posicionamento da principal envolvida: a gestante.

Noutro giro, as teorias favoráveis a prática do aborto defendem o princípio da autodeterminação, ou seja, o direito da mulher dispor do seu corpo conforme preferir. O que se esquece nessa teoria é que ao praticar o aborto a mulher não está dispondo somente do seu corpo e sim de uma vida que ela carrega. Consoante demonstra o Código Civil vigente, o nascituro, ou seja, o feto que ainda não nasceu, tem seus direitos a salvo.

Destarte, vê-se a impossibilidade de alguém dispor sobre uma vida que não é sua, em um país que pune asseveradamente o ato de matar alguém.

Entendido que a gestação é algo que pode ser evitado, diante da moderna sociedade vivida atualmente, onde a Saúde Pública consegue fornecer meios de prevenção. Descriminalizar o aborto é a aceitar o assassinato a bel prazer, quando existem mecanismos para a ação preventiva. Passaria por cima do que determina a Constituição Federal de 1988, que rege nosso país. Não existe viabilidade em descriminalizar um ato, apenas porque o mesmo é praticado reiteradas vezes, dessa maneira não se faria necessário um Código Penal.

Por fim, nota-se que o aborto pode ser um direito, quando tem-se a mãe como o objeto principal, e pode ser um crime quando tem-se a prática injustificada da conduta. Entendendo que a criminalização deste ato vigora diretamente consoante a Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

ATHIÊ, Alessandro Augusto Rogick. **Com a palavra o professor: apologia não, apenas um convite a reflexão.** Disponível em <http://www4.pucsp.br/maturidades/com_palavra_professor/apologia_ao.html> Acesso em: 05 abr. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo. e PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional.**4.ed. São Paulo: Malheiros , 1993; 10 ed. 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. TJRJ, Revista Jurídica. Serviço de Pesquisa Jurídica – SEAPE. **Anencefalia.** Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c2c9e62f-887a-438d-953ba652fadf806a&groupId=10136>. Acesso em 16 ago. 2017

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**.12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CHEMIN, Pauline de Moraes. **DIREITO DO HOMEM. Importância do princípio da dignidade humana**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jan-23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88> acesso em 12 de ago. 2017.

CONCEITO .DE. **Conceito de aborto**, 2011. Disponível em: <<http://conceito.de/aborto>> Acesso em 24 abr. 2017.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008 2013, Disponível em <<https://www.priberam.pt/dlpo/aborto>> Acesso em 05 abr. 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HOERSTER, N. **Acerca del significado del principio de ladignidad humana**. In: SEÑA, J. En defensa del positivismo jurídico. Barcelona: Gedisa, 1992. p. 91-103. p. 95

JusBrasil. **No STF, cinco votam pró-aborto de anencéfalo**. OAB-RJ, 2012. Disponível em <<https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/3084282/no-stf-cinco-votam-pro-aborto-de-anencefalo>> Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL, LEI 9.434 de 1997. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm > acesso em: 01 set. 2017.

MARIZ, Renata. **Os bastidores de uma lei histórica**. Correio Braziliense, 21/04/2012, Brasil.

MELO, Sabrina Lopes de. **ADPF 54 e a dignidade da mulher**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/SabrinaLopesMelo.pdf> acesso em 13 set. 2017.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**.18.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETTE, JulioFabrini. **Manual de direito penal: parte especial**: São Paulo: Revista dosTribunais, 2011. v.2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa M. A.. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito**. 10. ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Publicação do Ministério da Saúde. **Parto, Aborto e Puerpério Assistência Humanizada à Mulher**. 2001. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf> Acesso em 03 abr. 2017.

PENNA, Maria Lucia Fernandes. **Anencefalia e morte cerebral (neurologica)**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006> acesso em 08 set. 2017

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. v.17.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Supremo Tribunal Federal disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=54&processo=54>> acesso em 14 set. 2017

Supremo Tribunal Federal disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>> acesso em 2 nov. 2017