



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

MARIA HELENA DE CASTRO RODRIGUES

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS  
CASOS DE MICROCEFALIA**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

CARATINGA – MG  
2019

MARIA HELENA DE CASTRO RODRIGUES

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS  
CASOS DE MICROCEFALIA**

Projeto de Pesquisa apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Rede de Ensino Doctum, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

CARATINGA - MG

2019

**TERMO DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso A (IN) **Constitucionalidade de descriminalização do aborto nos casos de microcefalia** elaborado **Maria Helena de Castro Rodrigues** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga de \_\_\_\_\_ 20\_\_

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rodolfo de Assis Ferreira

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Juliano Sepe Lima Costa

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Salatiel Ferreira Lúcio

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a **DEUS** pelo dom da vida, por poder conhecer e viver momentos incríveis ao lado de pessoas especiais e por se fazer presente o tempo todo na minha vida, principalmente quando menos mereço e mais preciso.

Agradeço o apoio de meus familiares e amigos, em especial minha irmã Elizangela Rodrigues que sempre esteve ao meu lado nos melhores e piores momentos, a meus pais Maria Geralda de Castro e Sebastião Vitor Rodrigues, que me ensinaram com grandeza que as coisas mais importantes da vida devem ser tratadas com simplicidade e que humildade é base da vida.

Agradeço aos meus amigos, que estiveram nesta jornada ao meu lado. Amigos da “facul” e amigos da vida. Entre outros nomes, destaco aqui por excelência, meus amigos: Raphael Silva, Leiliane Valente e Ariene Fernandes.

A todos os meus professores durante os 05 (cinco) anos de curso. Em especial cito professor e orientador Rodolfo Assis, em que foi fundamental para concretização desta monografia. Registro magnífica responsabilidade em cumprimento de sua missão de orientar e ajudar os alunos com respeito, organização e prontidão.

E agradeço de modo geral a todos que direta ou indiretamente, estiveram nessa jornada comigo, ensinando, aprendendo, incentivando e criticando, para ser quem me tornei depois de cinco anos. A todos vocês meu eterno agradecimento!

Foram cinco anos duros, mas com certeza alguns dos melhores anos da minha vida. Ter o privilégio de cursar o curso que eu amo me faz ser eternamente grata à vida. Faria tudo outra vez! Vivi intensamente cada instante e prometo carregar o mesmo brilho de quando assisti aula à primeira vez, sendo a melhor profissional possível, mas antes disso um excelente ser humano.

Esse não é o fim, mas o começo de uma grande jornada!

“Bom mesmo é ir a luta com determinação, abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve. E a vida é muito bela pra ser insignificante”.

Charles Chaplin

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI. – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF.- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Ampl.- Ampliada

ANADEP- Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos

Art. – Artigo

Atual.- Atualizado (a)

CC.- Código Civil

CRFB/88- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Cit.- Citado (a)

CP.- Código Penal

Ed.- Edição

Et al.- e outros

HC.- Habeas Corpus

N.- Número

P. – Página

PGR- Procurador Geral da República

Rev.- Revisada

STF- Supremo Tribunal Federal

## RESUMO

A presente monografia tem como tema A (In) Constitucionalidade da Descriminalização do Aborto nos Casos de Microcefalia. O aborto é considerado crime no Brasil. Passou a ser penalizado a partir de 1940 através do Código Penal Brasileiro. Até 2012, no Brasil, o Código Penal permitia apenas a modalidade voluntária do aborto, nas hipóteses de gestação resultante de estupro e em casos de risco de vida da mãe, criminalizando todas as demais condutas abortivas. Em 2012, no entanto, o Supremo Tribunal Federal incluiu no rol das possibilidades legais de aborto aquele praticado quando o feto é diagnosticado com anencefalia, através da ADPF nº 54. Em meados de 2015, 2016, no Brasil, houve um grave surto do Vírus Zika. Em que ocasionou a microcefalia em gestantes e com esse aumento, foi questionada perante o STF, mediante ADI 5581, a possibilidade de legalização do aborto no caso de feto com microcefalia. Requerendo, portanto, a interpretação conforme a Constituição da República para declarar que tal conduta não seria enquadrada no crime de aborto tipificado no Código Penal, ou para enquadrar tal conduta na excludente de ilicitude, analogicamente aos casos de anencefalia apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. O referido trabalho vem abordar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto nos casos de anencefalia, e se também deve ser aplicada na microcefalia. Os fundamentos abordados se baseiam nos princípios constitucionais.

Palavras Chaves: Aborto. Anencefalia. Microcefalia. Dignidade da Pessoa Humana.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>16</b>
1.1 Da Dignidade da Pessoa Humana .....	16
1.2 Da Inviolabilidade do Direito à Vida .....	19
1.3 Do Princípio da proporcionalidade ou da Razoabilidade .....	22
1.4 Dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher .....	24
<b>CAPÍTULO II- ABORTO .....</b>	<b>28</b>
2.1 Conceito .....	28
2.2 Crimes de Aborto .....	30
2.3 Tipos de Aborto .....	31
2.3.1 <i>Auto aborto e aborto consentido</i> .....	32
2.3.2 <i>Aborto provocado por terceiro</i> .....	33
2.3.3 <i>Aborto qualificado pelo resultado</i> .....	34
2.3.4 <i>Aborto necessário</i> .....	35
2.3.5 <i>Aborto sentimental</i> .....	36
2.3.6 <i>Aborto eugênico</i> .....	37
2.3.7 <i>Aborto econômico</i> .....	38
2.4 Aborto em casos de Microcefalia.....	38
<b>CAPÍTULO III- DA ANÁLISE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 54 .....</b>	<b>44</b>
3.1 Das posições favoráveis ao aborto em caso de anencefalia .....	48
3.2 Das posições desfavoráveis no caso de anencefalia .....	52
3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581 .....	53
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

Apesar de um tema bastante debatido e difundido nos meios sociais, facebook, instagram, jornais, etc., falar de aborto confrontando com o poder de decisão da mulher ainda é bastante sensível, porque além de tratar de um assunto de cunho ético, religioso, este confronta o início da vida humana e os direitos das mulheres, ambos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas que por vezes entram em colisão. Direito à vida ou direito de decidir?

Em meados de 2015 teve início no Brasil um grave surto da Microcefalia, o que ampliou as discussões sobre aborto e levou ao judiciário a questão envolvendo os fetos microcefálicos, levantando a questão da possível constitucionalidade da descriminalização do aborto. Foi questionado perante o STF, mediante a ADI 5581, a possibilidade de legalização do aborto no caso de feto com microcefalia.

Diante dos casos acerca da epidemia do mosquito *Aedes Aegypti*, transmissor da doença Zika vírus, faz-se necessário discutir acerca do tema da presente monografia: A (In) Constitucionalidade da Descriminalização do Aborto nos Casos de Microcefalia. Para esclarecer conflitos que permeiam sobre ser legal ou não o aborto nessas circunstâncias e se este deve ser entendido analogicamente aos casos de anencefalia. E, ainda, analisar os argumentos que poderão ser utilizados quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581, enfatizando a necessária ponderação de princípios e direitos que deverá ser feita no caso sob análise e se há possível risco da formação de precedentes para os outros tipos de aborto.

Quando tratamos do aborto nos casos de microcefalia, busca-se discutir o direito à vida, e também a dignidade da mulher e até o quanto uma gravidez pode impactar com o prosseguimento da gestação de feto microcefálico comprometida neurologicamente.

Nosso estado centra-se no ser humano, reconhecendo a ele proteção individual frente ao próprio Estado e aos demais indivíduos e, ainda, um dever de ser tratado com igualdade.

Sendo assim, pergunta-se: É constitucional o aborto dos fetos portadores da microcefalia? No que concerne a presente discussão, tendo em vista os casos de aborto atualmente permitidos, pode-se utilizar a analogia e aplicar tais permissões aos casos de fetos acometidos pela microcefalia. Além de o futuro ser o de não

possuir chances de ter uma vida digna e saudável, a mulher não será obrigada a dedicar sua vida aos cuidados exclusivos do mesmo.

O Código Penal, ao permitir o aborto em casos de gravidez decorrentes de estupro, não leva em consideração a vida que está sendo gerada, e sim o direito da mulher a não prosseguir uma gestação que irá lhe causar sofrimento, abalando sua integridade física e psíquica. Ter um filho contra sua vontade viola o Princípio da Dignidade Humana, bem como a autonomia da vontade.

Além disso, há a responsabilidade estatal, dada a omissão do Estado em políticas com a erradicação do *Aedes Aegypti*. Tal assertiva é reforçada no contexto atual brasileiro, caracterizado por uma histórica epidemia do vírus Zika e por uma afirmada relação entre ele e a ocorrência de microcefalia em fetos.

Baseando nos argumentos do Ministro Barroso no Habeas Corpus 124.3061<sup>1</sup>, conclui-se que a criminalização do aborto, viola diversos direitos fundamentais da mulher, como seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como sua integridade física e psíquica. A criminalização viola o princípio da proporcionalidade, por constituir medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar. E ainda a autonomia e dignidade humana da mulher.

Se a liberdade da mulher já é violentada quando o Estado restringe sua escolha em contextos de normalidade, o que dizer quando o faz em um contexto de anormalidade? Diante do exposto, sustenta-se não ser legítimo o Estado obrigar inúmeras mulheres a agirem contrariamente às suas próprias convicções no tocante ao tema do aborto, menos ainda criminalizar sua opção final.

Utilizo aqui dos dizeres do Ministro Barroso<sup>2</sup> no habeas corpus supracitado, que manifestou o entendimento de que “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”.

Tal afirmação se baseou nos seguintes argumentos<sup>3</sup>:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não

---

<sup>1</sup>BARROSO, Luis Roberto. **HABEAS CORPUS 124.306**. RIO DE JANEIRO. 17 agosto 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 08/04/2019 às 20:00 horas.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem.

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 e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 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.

Conforme o tema abordado, o presente estudo objetiva-se analisar a reflexão existente da viabilidade acerca do aborto de feto com microcefalia<sup>4</sup> a luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

E os objetivos específicos, pautados na análise da legislação sobre o aborto; os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, autonomia da vontade e dignidade humana; explicar também sobre o direito à vida do feto portado da microcefalia; aspectos favoráveis e contrários à continuidade da gravidez de fetos microcefálicos, tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais. Selecionando ensinamentos doutrinários, através de levantamento bibliográfico sobre o tema em epígrafe.

A monografia se divide em três capítulos. O primeiro será direcionado a explicar os princípios constitucionais. O segundo tratará do aborto pertinente a legislação atual e por fim, no terceiro capítulo, uma abordagem da Ação de Preceito Fundamental nº 54.

A presente pesquisa é de suma relevância tanto pessoal, social e jurídica, posto que a mesma visa analisar sobre um tema atual, polêmico e pauta de inúmeras indagações. Esta reflete tanto no próprio dia a dia, como diretamente na vida e na dignidade de milhares de mulheres brasileiras que, frente a uma possível epidemia de proporções e consequências não totalmente conhecidas, temem pelo futuro. O resultado da então pesquisa demonstrará quais são as possibilidades jurídicas viáveis na legislação brasileira da interrupção terapêutica do aborto de gestação de fetos microcefálicos.

---

<sup>4</sup>**Microcefalia - é caracterizada pela má formação congênita do perímetro cefálico.** ALMEIDA, Isadora Maria Gomes. Estadão Política. Microcefalia, aborto e STF. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/microcefalia-aborto-e-stf/>. Acesso em 03 de outubro de 2019 às 08 horas.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Nesse tópico fasear-se-á breves considerações das palavras chaves, os quais sejam: direito à vida; dignidade da pessoa humana; aborto; anencefalia e microcefalia.

O direito à vida está elencado no art.5º da Constituição Federal, sendo um dos princípios mais importantes, resguardando o direito à vida sem qualquer ponderação de distinção, posto que a mesma não dispõe sobre os estágios ou condição da gravidez. Assim diz a Constituição em seu art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros (...) a inviolabilidade do direito a vida”.<sup>5</sup> Sendo criminalizada a conduta abortiva, todavia, com algumas exceções apenas.

O direito à vida é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos e em seu conteúdo está presente o direito à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, III. Assim conceitua Magalhães<sup>6</sup> a dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, funciona também como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas às outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo-os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a chave de interpretação material das demais normas.

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso<sup>7</sup> explica a origem e a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é um conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. (...) Ao viajar da filosofia para o

---

<sup>5</sup>BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 09/02/19.

<sup>6</sup>MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva 2012. P.97.

<sup>7</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.10.

Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também o status de princípio jurídico.

Quando tratamos do aborto nos casos de microcefalia, busca-se discutir a dignidade da mulher e até o quanto uma gravidez pode impactar com o prosseguimento da gestação de feto microcefálico comprometida neurologicamente, fazendo a mulher abrir mão de sua vida profissional, social e, não raro, da sua estabilidade emocional, frente aos deveres do Estado para com esta mulher e assim buscar de forma efetiva a ponderação dos princípios e garantias fundamentais.

O bem jurídico tutelado no tipo penal do aborto é a vida intrauterina. Como explana Roberto Bitencourt Cezar<sup>8</sup>, no crime de aborto o bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, cujo, embora não seja uma pessoa, há uma esperança de vida, tendo vida própria e tratamento autônomo da ordem pública. Não é a vida que está protegida, mas a formação embrionária, em relação ao aspecto temporal, a vida intrauterina.

Aborto em síntese nas palavras do doutrinador Guilherme Souza Nucci<sup>9</sup> é “a cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando a morte do feto”.

De acordo com Bitencourt<sup>10</sup> o direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado, e se essa vida é destruída até o início do parto pode ou não configurar crime de aborto.

A prática de aborto no Brasil passou a ser penalizada a partir de 1940 através do Código Penal Brasileiro, cujo prevê punições a quem praticar o aborto ou colaborar com sua prática.

Até 2012, no Brasil, o Código Penal permitia a modalidade voluntária do aborto, apenas nas hipóteses de gestação resultante de estupro (aborto humanitário) e em casos de risco de vida à mãe (aborto necessário), criminalizando as demais condutas abortivas, conforme se observa nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 do Código Penal Brasileiro.

Todavia nota-se que há apenas duas hipóteses de excludentes de ilicitude, quando se trata da prática abortiva, o art. 128 do CP<sup>11</sup> determina que: “Não se pune

---

<sup>8</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa.** — 12. ed. rev. e ampl. -São Paulo: Saraiva, 2012. ed. saraiva v.2- p.159.

<sup>9</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 6ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p.544.

<sup>10</sup> Idem 8.

o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz por seu representante legal”.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal incluiu no rol das possibilidades legais de aborto aquele praticado quando o feto é diagnosticado com anencefalia, através da ADPF nº 54, de 12 de abril de 2012, a fim de declarar a constitucionalidade da interrupção da gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo. Segundo Nucci<sup>12</sup> tal conduta, portanto, foi considerada atípica e independe de autorização judicial, bastando à concordância da gestante:

A anencefalia consiste na malformação do tubo neural, a caracterizar-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante o desenvolvimento embrionário. Em seu diagnóstico, é necessária a constatação da ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo, além da presença de um tronco cerebral rudimentar ou, ainda, a inexistência parcial ou total do crânio.

Ainda de acordo com o autor<sup>13</sup> o anencéfalo, assim como o morto cerebral, não deteria atividade cortical, sendo impossível a vida extrauterina, dado que lhe faltariam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas.

A possibilidade de aborto no caso de anencefalia constitui o aborto eugénésico, aquele realizado quando os exames pré-natais que demonstram que o filho nascerá com alguma anomalia e não há crime, entretanto, na hipótese de feto inviável.

Diante da criminalização da prática abortiva, excetuando as hipóteses onde o delito de aborto estaria afastado, isto é, trata das causas de exclusão da ilicitude do crime de aborto, traz-se a discussão do aborto nos casos de microcefalia, que na definição da Dr<sup>a</sup>. Beatriz Beltrame<sup>14</sup>:

---

<sup>11</sup>BRASIL, **Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 05/03/2019, as 15:00 horas

<sup>12</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado. – 17. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup>BELTRAME, Beatriz. **Entenda o que é microcefalia e quais são as consequências para o bebê.** Disponível em: < <http://www.tuasaude.com/microcefalia/>> Acesso em: 15 de março de 2019 às 13h00min.

A microcefalia é uma doença em que a cabeça e o cérebro das crianças são menores que o normal para a sua idade, o que prejudica o seu desenvolvimento mental, porque os ossos da cabeça, que ao nascimento estão separados, se unem muito cedo, impedindo que o cérebro cresça e desenvolva suas capacidades normalmente.

A microcefalia tem sido pauta de diversas matérias jornalísticas, pesquisas e discussões da comunidade científica e da sociedade em geral nos últimos anos. O fator desencadeante desse fenômeno é o surto do Zika vírus que, quando atinge gestante, pode ocasionar microcefalia. O Zika é um vírus transmitido pelo contato com o mosquito *Aedes aegypti*, já conhecido no Brasil, uma vez que também transmite a Dengue e a Chikungunya.

Ainda importante ressaltar que há anos a mulher luta para efetivar seus direitos na sociedade, apesar de que com o advento da Constituição de 1988, muitos direitos foram efetivados. Mas até que ponto a mulher ter o poder de decisão? Afinal, quando se trata do aborto, tem-se de um lado o direito à vida, e do outro a liberdade. Estamos diante de dois princípios fundamentais garantidos pela legislação, então, qual deles deve prevalecer? Essas e outras indagações surgem quando se levanta questões conflitantes no ordenamento jurídico.

Diante de indagações como essa utilizo dos dizeres de Karl Larenz *apud* Mendes<sup>15</sup> ao ponderar sobre o Princípio de proporcionalidade ou da razoabilidade, em que avalia o direito mais ameaçado no momento do conflito e opta pela garantia deste.

O Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Levando em conta tal princípio, diante do conflito da gestante dispor e responder sobre o próprio corpo e o direito à vida do feto em desenvolvimento, Pedro Lenza<sup>16</sup> assevera que este “abrange tanto o direito de não ser morto, privado

---

<sup>15</sup> KARL Larenz, Metodologia, cit., ed. de 1990, p.585-586. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártire Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. -4. Ed. ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2009. P.142-143.

<sup>16</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Edição. Saraiva. São Paulo 2012.

de vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Segundo o Rogério Greco<sup>17</sup> o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado e o bem que alguém pode ser privado.

---

<sup>17</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Niterói. 19ª edição. Editora Impetus, 2017.

## CAPÍTULO I- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nesse capítulo Princípios Constitucionais, trataremos do Princípio da Dignidade Humana, Da Inviolabilidade do Direito à vida, Da Autonomia da Vontade e do Princípio da Proporcionalidade.

A colisão de direitos fundamentais com princípios constitucionais, desperta a atenção da mais moderna doutrina, bem como levanta questões que se entrelaçam com a busca da compreensão do conteúdo e dos limites dos diferentes direitos. Segundo Gustavo Gonet<sup>18</sup> os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Cujos devem ser realizados na maior proporção possível. E ao haver um conflito entre estes, deve buscar a conciliação entre eles, com aplicação de acordo com a respectiva relevância em cada caso concreto, sem que se tenha algum princípio excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

O conhecimento da abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. Sempre criando um juízo de ponderação das situações conflitantes.

O juízo de ponderação amolda-se ao Princípio da proporcionalidade, que grosso modo, pode-se dizer que avalia o direito mais ameaçado no momento do conflito e opta pela garantia deste. Destaca-se que é importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro determina em função das peculiaridades do caso concreto.

Na análise temática da Constituição, ela tem natureza jurídica garantidora de direito e princípios.

### 1.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da Pessoa Humana se inscreve como fundamento da Constituição da República, segundo Kildare Gonçalves<sup>19</sup> não significa só um

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** -4. Ed. ver. e atual. \_São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>19</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17<sup>o</sup>ed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.582-583.

reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

Assim conceitua Magalhães<sup>20</sup> a dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, funciona também como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas às outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo-os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a chave de interpretação material das demais normas.

De acordo com Kildare Gonçalves<sup>21</sup> o conceito de dignidade humana embasa todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais). A constituição consagra através deste princípio a resistência e a capacidade do homem em orientar sua própria vida, e, portanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera a dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leve, seja tomada a partir de sua própria consciência e não por autoridade exterior, seja ela benevolente e paternalista.

O autor cita Jorge Miranda em sua obra e esclarece que:

Ainda é Jorge de Miranda quem sintetiza as cinco diretrizes básicas relativamente à dignidade da pessoa humana, a partir de diferentes preceitos constitucionais: “a) A dignidade da pessoa humana reporta-se todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) O primado da pessoa é do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e) A dignidade da pessoa pressupõe autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

---

<sup>20</sup>MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva 2012. P.97.

<sup>21</sup>CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17<sup>o</sup>ed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.582-583.

Desse modo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurado os direitos inerentes à pessoa humana<sup>22</sup>.

Cabendo assim ao Estado oferecer condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social com o fim de manter a ordem econômica.

Kildare preceitua que “a dignidade é irrenunciável e inalienável, e constitui o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”<sup>23</sup>. Correlacionando a dignidade ao aborto no caso dos fetos microcefálicos, percebe-se que a dignidade humana tem um sentido de decisão do homem sobre sua própria existência e convicção. Seria então a mulher dona da sua própria decisão de prosseguir ou não com a gestação de um feto portador da microcefalia?

Quando tratamos do aborto nos casos de microcefalia, busca-se discutir a dignidade da mulher e até o quanto uma gravidez pode impactar com o prosseguimento da gestação de feto microcefálico comprometida neurologicamente, fazendo a mulher abrir mão de sua vida profissional, social e, não raro, da sua estabilidade emocional, frente aos deveres do Estado para com esta mulher e assim buscar de forma efetiva a ponderação dos princípios e garantias fundamentais.

Se de um lado, segundo o autor<sup>24</sup> “A dignidade centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que lhe permite conformar-se a si mesmo e sua vida de acordo com o seu projeto espiritual”. Porém há, contudo de considera-se que a dignidade possui também uma dimensão cultural e histórica, resultante do trabalho de diversas gerações, que determinaria o conteúdo num contexto concreto da conduta estatal e do comportamento de cada ser humano.

A possibilidade de permitir o aborto de fetos microcefálicos, feriria a dignidade da pessoa humana em relação ao feto, que constitui uma vida, princípio este também base da Constituição da República.

Utilizando dos dizeres do autor Kildare<sup>25</sup>, ele ainda diz que “para a viabilização da dignidade da pessoa humana, ao Estado cabe o dever de respeito,

---

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., ed. Forense. Rio de Janeiro. P.169-170. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17<sup>o</sup>ed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.584.

<sup>23</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17<sup>o</sup>ed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.583-585.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Idem.

proteção e promoção dos direitos fundamentais” e que em razão deste respeito o Estado não pode violar os direitos.

## 1.2 Da Inviolabilidade do Direito à Vida

De acordo com Gonet Branco não há que se falar em direito, sem a existência ou a possibilidade de existência da vida. Ela é o primeiro direito do homem, condicionadora de todos os demais. Gonet Branco<sup>26</sup> nos diz que “a existência humana é pressuposto elementar de todos demais direitos dispostos na Constituição” e, portanto “não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”.

É difícil depreender o começo da vida, por ser algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder a própria identidade. A partir de quando se considera um haver um ser humano vivo, e de que momento cessa a sua existência, é questão biológica. José de Afonso<sup>27</sup> assevera que “é mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte”. Tão logo qualquer interferência em prejuízo desse fluxo natural e incessante contraria a vida. O aborto é um fato típico da interrupção da vida.

O direito à vida a partir da concepção gera discussões doutrinárias e biológicas. O autor Kildare Gonçalves discorre que o “momento inicial da vida, ou seja, a partir de quando se considera haver um ser humano vivo, e de que momento cessa a sua existência, é questão biológica, havendo várias teorias em torno do tema”<sup>28</sup>. Essas teorias são conhecidas como: Teoria da concepção; teoria da nidação; teoria da implementação do sistema nervoso; teoria dos sinais eletrocefálicos<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais em Espécie**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. P.393-464.

<sup>27</sup> SILVA, José de Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros, 2010. P.197-198.

<sup>28</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17<sup>o</sup>ed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.639.

<sup>29</sup> Teoria da concepção: Consiste em defender a existência de vida humana desde o momento da concepção, o ato de conceber no útero.

Teoria da Nidação: Exige, contudo, que haja fixação do óvulo no útero.

Teoria da Implementação do Sistema Nervoso: Exige que surjam os rudimentos do que será sistema nervoso central.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos que tem em nosso ordenamento jurídico status supralegal. Consta em seu art. 4º, I: art. 4º. “Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente<sup>30</sup>”. O que nos remetia até então a teoria concepcionista. Bem como o Código Civil o art. 2º do CC/02 que instituiu: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro<sup>31</sup>.”

Esta questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação de Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Segundo entendimento decorrente de maioria de votos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, a vida inicia-se com a nidação, ou seja, com a implementação do óvulo no útero.

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)<sup>32</sup>.

Dessa forma, temos a confusão no ordenamento jurídico brasileiro de qual seja o momento exato que se inicia a vida.

TAVARES. Curso de direito constitucional, 5. ed., p.500-501. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17ºed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.639.

<sup>30</sup>**Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 02 de outubro de 2019 às 19h25 min.

<sup>31</sup>BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso 02 de outubro de 2019 às 19h 20min.

<sup>32</sup>**ADI 3.510. Re. Min. Ayres Britto.** Julgamento em 29-05-2008, Plenário, DJE de 28-05-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em 03 de outubro de 2019 às 20horas.

O direito à vida está elencado no art.5º da Constituição Federal, sendo um dos princípios mais importantes, resguardando o direito a vida sem qualquer ponderação de distinção, posto que a mesma não dispõe sobre os estágios ou condição da gravidez. José de Afonso<sup>33</sup> pondera que o direito a existência intrínseco na constituição, consiste no direito de estar vivo, de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.

Cumprido ressaltar que a vida tem proteção dada pelo ordenamento, indo além do direito a existência somente, ou tão somente nascer vivo, mas garantir a essa vida condições que sobreviva com plenitude, cita-se como exemplo o artigo 225 da Constituição Federal<sup>34</sup> em que dispõe: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (...) impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ao permitir o aborto, estaria violando o direito à vida. Segundo o autor Gounet Branco<sup>35</sup> o direito à vida, não pode ser compreendida de forma discriminatória. Pois se todo ser humano deve singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida o direito de existir. A ideia de dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa.

O conceito de vida abarca não somente a vida extrauterina, mas também a vida humana dependente (intrauterina), assegurada a dignidade da existência independente do estágio em que se encontre.

---

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 09/02/19 Às 15:00 horas.

<sup>35</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais em Espécie**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009. P.393-464.

### 1.3 Do Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade

O Princípio da proporcionalidade visa à harmonia em situações conflitantes. Sejam esses conflitos entre Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou processos constitucionais que também se encontram em posição conflituosa. Assevera Pedro Lenza<sup>36</sup> “Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados”.

De acordo com Cleber Masson<sup>37</sup> “O princípio da proporcionalidade funciona com forte barreira impositiva de limites ao legislador”. Concluindo assim, que a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral.

Nos dizeres de Karl Larenz *apud* Mendes<sup>38</sup> ao ponderar sobre o Princípio proporcionalidade ou da razoabilidade, este avalia o direito mais ameaçado no momento do conflito e opta pela garantia deste.

O Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

De acordo como o autor Inocêncio Mártires<sup>39</sup> “no âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo a obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores” esse princípio acabou por ter uma ligação íntima com os direitos fundamentais, que ao dá suporte e ao mesmo tempo, depende dele para realizar. Interdependência essa, que, segundo o autor, “manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só resolvem de modo justo ou

<sup>36</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª Edição. Saraiva. São Paulo 2017. P.166-167.

<sup>37</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal. Vol.1. Parte geral. Esquematizado**. 9ª Edição. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo. P.52

<sup>38</sup> KARL Larenz, Metodologia, cit., ed. de 1990, p.585-586. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártire Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. -4. Ed. ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2009. P.142-143.

<sup>39</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 154-155.

equilibrado fazendo-se apelo ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>40</sup>, no qual inseparável da ponderação de bens, e ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

Levando em conta tal princípio, diante do conflito da gestante dispor e responder sobre o próprio corpo e o direito a vida do feto em desenvolvimento, Pedro Lenza assevera que este “abrange tanto o direito de não ser morto, privado de vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna<sup>41</sup>”.

Ainda de acordo com Lenza<sup>42</sup>, existe três elementos que são importantes destacar, quais sejam: Necessidade: a adoção da medida que possa restringir direitos acontece apenas quando se faz indispensável ao caso concreto e não pode ser substituída por outra menos gravosa, ou seja, se há diversas formas de resolver algo, a opção escolhida deve ser a menos gravosa.

Adequação é quando o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido.

E Proporcionalidade em sentido estrito: sendo necessária e adequada, deve investigar o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados.

Deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados. Proíbe não só o excesso (exagerada utilização de meios em relação ao objetivo almejado), mas também a insuficiência de proteção (os meios utilizados estão aquém do necessário para alcançar a finalidade do ato).

A proporcionalidade em sentido estrito tem importância fundamental na aplicação das sanções. Assim, a gravidade da sanção deve ser equivalente à gravidade da infração praticada<sup>43</sup>.

Todavia conflitos entre normas são solucionados pelo critério hierárquico, especial e temporal. Porém nem sempre tais critérios serão eficazes. Como a situação ora estudada, a ADPF nº 54, em que é possível visualizar o choque entre direito fundamentais e princípios. Assim contribui o escritor Alexandre Moreira<sup>44</sup> a respeito do Princípio da Proporcionalidade:

---

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2012.

<sup>42</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 21ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2012.P.166.

<sup>43</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>>. Acesso em 11 de outubro de 2019 às 15 horas.

<sup>44</sup> Idem.

A proporcionalidade é utilizada como uma forma de ponderação entre dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro. É comum utilizá-la, por exemplo, para resolver conflitos entre o interesse público e os direitos individuais.

Greco assevera “que toda vez que houver um desequilíbrio acentuado, estabelece, em consequência, inaceitável desproporção”<sup>45</sup>. Acentua, portanto o estabelecimento de cominações legais e imposição de pena ao que careça a relação valorativa com o fato cometido.

#### 1.4 Dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

Como já supracitado a discussão acerca do aborto segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, coloca em contraponto dois direitos fundamentais: o direito à vida do nascituro e o direito a autonomia reprodutiva e de escolha da mulher. Contudo, o direito a vida humana, mesmo sendo o principal e primeiro direito a ser protegido não pode ser visto como regra constitucional absoluta, pois podem sofrer restrições dado o conflito do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Baseando nos argumentos do Ministro Barroso no HC 124.306, criminalizar o aborto é ceifar direitos sexuais e reprodutivos da mulher, no qual esta é obrigada pelo Estado a manter uma gravidez indesejada<sup>46</sup>.

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 e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

---

<sup>45</sup>GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Niterói. 19ª edição. Ed. Impetus, 2017.

<sup>46</sup> BARROSO, Luis Roberto. **HABEAS CORPUS 124.306**. RIO DE JANEIRO. 17 agosto 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 08/04/2019 às 20:00 horas.

Barroso defende que ao criminalizar o aborto, diversos direitos das mulheres foram cerceados, bem como sua integridade física e psíquica ficam comprometidas<sup>47</sup>:

À criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada.

Segundo o Ministro a criminalização viola a autonomia da mulher, pois ao ser compelida manter uma gestação obrigada, sua autodeterminação estaria sendo violada, vez que esta tem proteção dada pelo princípio da dignidade humana, sendo este um princípio constitucional<sup>48</sup>:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

Barroso pontua a violação dos direitos das mulheres frente à criminalização do aborto e pondera acerca da violação do direito à integridade física e psíquica, pois segundo ele é o corpo da mulher que sofrerá as mudanças com a gravidez, riscos e consequências, e uma vez obrigada a manter uma gestação indesejada esta sofreria com os danos psicológicos, o que deveria ser motivo de felicidade, torna-se um imenso estado de tortura<sup>49</sup>:

A criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher

---

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Idem.

que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

Ressalte-se ainda a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que há anos busca efetivar seus direitos na sociedade. Mas até que ponto ela tem seu direito de decisão. A criminalização do aborto viola também os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, segundo os dizeres do Ministro<sup>50</sup>:

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade.

E continua<sup>51</sup>:

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

O Ministro pondera que o aborto acontece de forma clandestina, e que, criminaliza-lo apenas aumenta o número de mulheres pobres que morrem em clínicas clandestinas, pois elas não têm acesso à saúde de qualidade, ao passo que recorre ao sistema público de saúde:

---

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Idem.

A tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito<sup>52</sup>.

Partindo-se da premissa de que o Código Penal vigente de 1940, época da sua promulgação, não dispunha da tecnologia de diagnósticos que hoje é rotineiramente utilizada nos exames pré-natais, no tocante ao aborto nos casos de microcefalia é um tanto quanto desafiador para a mulher gestante dizer que o legislador se tivesse que permitir o aborto o teria feito na época da promulgação do CP. A defesa do aborto no caso de feto com microcefalia implica na defesa de um avanço temporal, acompanhando as mudanças e seus avanços, além de garantir a mulher o pleno direito de igualdade, resguardando a ela a dignidade humana, sua liberdade, os direitos sexuais e reprodutivos e sua autonomia. Importante acrescentar as palavras do Ministro Luiz Barroso pertinente ao assunto aqui tratado:

Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita<sup>53</sup>.

Portanto, tem-se por cerne dizer no que se refere à dignidade da pessoa humana, o direito que favorece a posição antiabortiva seria o direito à vida, que não está expresso na Constituição que este começar a partir da concepção, contraposto a dois direitos fundamentais que favorecem o direito a autonomia da vontade da mulher, o direito a integridade física e psíquica e o direito à igualdade.

Importante salientar que a dignidade da pessoa humana passou a ser o centro e o fundamento básico de todo preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais, assim como o próprio direito à vida.

---

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> Idem.

## CAPÍTULO 2- ABORTO

Nesse capítulo trataremos do aborto, traremos o seu conceito em diversas visões de doutrinadores e especialistas; o aborto nos casos de microcefalia e os tipos de aborto.

Falar de aborto é levantar um debate polêmico, pauta de várias visões e divergências. Este implica no campo moral, ético, religioso, social e jurídico, como já citado anteriormente. A presente monografia vem trazer considerações jurídicas, não deixando de pautar em valores morais e éticos. Pois não dá pra falar em aborto sem notar essa oposição. Esse debate fica ainda mais intenso quando são travadas discussões que giram em torno de acontecimentos como o surto da Microcefalia, o que ampliou as discussões sobre aborto e levou ao judiciário a questão envolvendo os fetos microcefálicos.

O aborto é uma modalidade de crime contra a vida elencado nos artigos 124 a 128 do Código Penal.

### 2.1 Conceito

A prática de aborto no Brasil passou a ser penalizada a partir de 1940 através do Código Penal Brasileiro, cujo prevê punições a quem praticar o aborto ou colaborar com sua prática.

Segundo Fernando Capez<sup>54</sup>:

O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela própria gestante. Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, art. 124 — a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art. 125 — o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 — o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante).

Dispõe ainda que <sup>55</sup>:

Aborto é a interrupção da gravidez coma consequente morte do produto da concepção. Este passa por várias fases durante a gravidez, sendo chamado de ovo nos dois primeiros meses, de embrião nos dois meses seguintes e, finalmente, de feto no período restante. O aborto é possível desde o início da gravidez, contudo o

---

<sup>54</sup> CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.P.144.

<sup>55</sup> Idem.

momento exato em que esta se inicia é tema extremamente controvertido, pois, para alguns dá-se com a fecundação e, para outros, com a nidificação (implantação de óvulo fecundado no útero).

O bem jurídico tutelado no tipo penal do aborto é a vida intrauterina. Como explana Roberto Bitencourt Cezar<sup>56</sup>, no crime de aborto o bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, cujo, embora não seja uma pessoa, há uma esperança de vida, tendo vida própria e tratamento autônomo da ordem pública. Não é a vida que está protegida, mas a formação embrionária, em relação ao aspecto temporal, a vida intrauterina.

Aborto em síntese nas palavras do doutrinador Guilherme Souza Nucci<sup>57</sup> é “a cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando a morte do feto”.

De acordo com Bitencourt<sup>58</sup> o direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado, e se essa vida é destruída até o início do parto pode ou não configurar crime de aborto.

De acordo com Prado et al “Do ponto de vista jurídico penal, o aborto consiste em dar morte ao embrião ou feto humano, seja no claustro materno, seja provocando sua expulsão prematura”.

Segundo o constitucionalista José de Afonso o aborto é um dos temas controvertidos da Constituição, em que ela não enfrentou diretamente. José de Afonso cita que houve três tendências no seio do Constituinte<sup>59</sup>:

Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido no aborto nem vedando nem admitindo o aborto.

E continuou dizendo que esta terceira concepção não se sobressaiu, por que segundo ele “a Constituição parece inadmitir o abortamento. Pois tudo vai depender sobre quando começa a vida<sup>60</sup>”.

<sup>56</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. — 12. ed. rev. e ampl. -São Paulo: Saraiva, 2012. ed. saraiva v.2- p.159.

<sup>57</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p.544.

<sup>58</sup> Idem 8.

<sup>59</sup>SILVA, José de Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros, 2010. P. 203.

Para o autor a vida já existe no feto, e seria injustificável evitar uma gravidez que poderia ser evitada<sup>61</sup>:

A nós, nos parece que, no feto já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que não se evitou. No fundo, a questão será decidida pela legislação ordinária, especialmente a penal, a que cabe definir a criminalização e descriminalização do aborto. E, por certo, há casos em que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar.

A controvérsia quanto ao aborto reside no fato de que o direito à vida não é absoluto. Para alguns, o Direito Constitucional (e natural) à vida do feto precisa ser respeitado. Para outra corrente, a mulher faz jus ao direito à dignidade humana, ao direito de escolha<sup>62</sup>.

## 2.2 Crimes De Aborto

Aborto é uma modalidade de crime contra a vida elencado nos artigos 124 a 128 do Código Penal<sup>63</sup>.

Nota-se que a partir do momento que há a expulsão do feto ou óvulo a conduta do aborto concretiza. Ou ainda, pode ser entendido num sentido legal como:

---

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> FRANCO, Sandra. Aborto, o conflito de poderes e o direito da mulher. 16 dez. 2016. Estadão. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/aborto-o-conflito-de-poderes-e-o-direito-da-mulher/> > Acesso em 08 de maio de 2019 às 18horas.

<sup>63</sup>Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

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

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

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

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

BRASIL, **Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 05/03/2019, as 15:00 horas.

A expulsão do produto antes da concepção do parto. Ou seja, no aborto, a proteção legal se volta para o produto da concepção, ou seja, o feto ou embrião vivo. Esse ato em regra, é ilegal. Portanto, é criminoso o ato de retirar do útero de uma mulher o feto ou embrião vivo<sup>64</sup>.

No direito brasileiro há várias formas de aborto; aquele que é provocado pela gestante com ou sem seu consentimento; aborto provocado por terceiro; aborto necessário; e aborto nos casos resultantes de estupro.

Todavia nota-se que há apenas duas hipóteses de excludentes de antijuridicidade, quando se trata da prática abortiva, sendo “se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz por seu representante legal<sup>65</sup>”.

### 2.3 Tipos de Aborto

Cezar Bitencourt nos ensina que o ato de provocar o aborto “tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. Ela se exerce sobre a gestante ou também sobre o próprio feto ou embrião”<sup>66</sup>. Ou seja, o crime se consuma se o aborto é provocado; se é espontâneo não há que se falar em crime.

Ele diz que existem três variações de núcleo de tipos e as elementares especializantes que determinarão a modalidade ou espécie de aborto, além da figura particular “consentir”:

O núcleo dos tipos, em suas três variações, é o verbo *provocar*, que significa causar, promover ou produzir o aborto. As elementares especializantes, como “em si mesma”, “sem o consentimento da gestante”, determinarão a modalidade ou espécie de aborto, além da particular figura “consentir”, que complementa o crime próprio ao lado do autoaborto. Assim temos as figuras do aborto provocado (autoaborto) ou consentido (duas figuras próprias); aborto consensual (com consentimento) e aborto sem consentimento da gestante<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> SANTOS, Pedro. **O direito e o direito ao aborto**. Revista Âmbito jurídico. Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGeraldos/artigos/4308.pdf>. Acesso em 10 de set de 2019.

<sup>65</sup> BRASIL, **Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 05/03/2019, as 15:00 horas

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial**. Volume 2 - 3º ed. rev. e ampl. –São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>67</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14º ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O autor Victor Eduardo Rios nos ensina que nem todo aborto é criminoso:

Se for decorrente de causas naturais, como malformação do feto, rejeição do organismo da gestante, patologia etc., o fato será atípico. Também não haverá crime de aborto se tiver ele sido acidental — queda, colisão de veículos, atropelamento etc. Em verdade, para a existência de crime de aborto, é necessário que a interrupção da gravidez tenha sido provocada — pela própria gestante ou por terceiro — e que não se mostre presente quaisquer das hipóteses que excluem a ilicitude do fato (aborto legal).<sup>68</sup>.

A prática abortiva para tanto segundo o autor exige condições jurídicas como: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo<sup>69</sup>.

### 2.3.1 Auto aborto e aborto consentido

Previsto no artigo 124 do Código Penal, o autoaborto consiste em “provocar aborto em si mesma<sup>70</sup>”. O sujeito ativo nesse tipo penal de aborto é a própria gestante. Não sendo admitida, portanto a coautoria, pois, tão somente seria uma ação unicamente da mulher. Cita-se como exemplo, a ingestão de medicamento abortivo.

Já o aborto consentido, é um crime próprio, já que nele o sujeito ativo é a gestante; é crime de mão própria uma vez que não admitem coautoria, mas apenas participação.

A coautoria não é, portanto admissível no autoaborto. O terceiro que realiza o aborto consentido pela gestante é autor do delito previsto no art.126. Não obstante, a participação é perfeitamente possível. Faz se oportuno consignar seguinte distinção: se o, participe induz, instiga ou auxilia a própria gestante a realizar o aborto em si mesma ou a consentir que outrem o faça, responde pela participação no delito do artigo 124; porém, se concorre de qualquer modo para a provocação do aborto por terceira pessoa, responde como partícipe do crime do artigo 126 do Código Penal<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial. Coleção esquematizado** / coordenação Pedro Lenza – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

<sup>69</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa.** — 12. ed. rev. e ampl. -São Paulo: Saraiva, 2012. ed. saraiva v.2- p.160.

<sup>70</sup> BRASIL, **Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 05/03/2019, às 15:00 horas

<sup>71</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14º ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.672.

De acordo com o doutrinador Cezar Bitencourt, a gestante que consente com o aborto incidirá nas mesmas penas do autoaborto, ou seja, como se tivesse provocado aborto em si mesma, nos termos do art.124 do Código Penal. Pois ao concordar estará utilizando de manobras abortivas caracterizando o crime de aborto, “pois provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado<sup>72</sup>.”

### 2.3.2 Aborto provocado por terceiro

De acordo com Prado<sup>73</sup> os artigos 125 e 126 do Código Penal disciplinam o aborto provocado por terceiro. Sendo que, o artigo 125 trata do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e o artigo 126 trata do aborto provocado por terceiro com o consentimento da mulher gestante.

Se tratando do aborto sem o consentimento da gestante, este seria realizado contra a sua vontade através do emprego da violência; o agente emprega a força física, a ameaça ou a fraude para realização das manobras abortivas. Tendo como pena, a reclusão de 3 a 10 anos<sup>74</sup>.

Já quando o aborto é provocado por terceiro com o consentimento da gestante, este é sancionado de forma mais branda. Uma vez que “o terceiro realiza as manobras abortivas com seu consentimento expresso ou tácito, desde que inequívoco- da gestante, responde este pelo artigo 126 <sup>75</sup>”, enquanto a gestante incorre nas penas do artigo 124, segunda parte, do Código Penal (Aborto consentido).

A pessoa que ajuda a gestante a praticar o aborto (comprando o remédio, por exemplo) responde por induzimento ao crime praticado pela gestante – art. 124 CP – como partícipe, porque não praticou o ato executório, porém, se ajuda com o ato executório responderá pelo art. 126 CP, com pena de reclusão de 1 a 4 anos.

---

<sup>72</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. V. 2. 3º ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.P. 160.

<sup>72</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. V. 2. 3º ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.P. 160.

<sup>73</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14º ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.P. 672.

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> Idem.

Analisando os exemplos na doutrina do professor Rogério Greco, conclui-se que a gestante grávida de gêmeos que praticar um aborto ou consentir que um terceiro o faça e não souber do fato, responderá por apenas um aborto, tanto ela quanto o terceiro, porém, se for de conhecimento a gravidez de gêmeos, responderá por dois abortos<sup>76</sup>.

Quando a conduta é realizada antes de o agente saber que se trata de gravidez de gêmeos, responde por crime único, já que imaginava tratar-se de feto único. Se, todavia, já havia sido feito exame de ultrassom ou outro similar, e o agente (terceiro ou gestante) sabia que se tratavam de gêmeos, responde por dois crimes de aborto, na medida em que houve dolo em relação a ambos. A hipótese é de concurso formal impróprio, em que as penas são somadas, porque o agente queria efetivamente os dois resultados<sup>77</sup>.

O art. 126 § único, CP<sup>78</sup>: “(...) se gestante não é maior de 14 anos ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”. Por conta de o direito achar que a pessoa não tem consciência aplica-se o art. 125 CP, como se não houvesse consentimento da gestante para a prática do estupro. Não precisa de intervenção legal para esse tipo de aborto, basta apenas que se comprove a idade da gestante.

No crime de aborto cabe tentativa tanto para a gestante quanto para o terceiro.

### 2.3.3 Aborto qualificado pelo resultado

A forma qualificada só é aplicada ao terceiro, que com ou sem o consentimento da gestante pratica o aborto. São os casos de aborto preterdolo, em que as lesões corporais graves ou morte são culposos porque o desejo é somente de matar a criança.

O artigo 127 do Código Penal dispõe<sup>79</sup>:

---

<sup>76</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial/** Vol II: 6 ed. Niterói: Impetus, 2009. P.259.

<sup>77</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial.** Coleção esquematizado / coordenação Pedro Lenza – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

<sup>78</sup> BRASIL, **Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 05 de out de 2019, às 18:00 horas

<sup>79</sup> Idem.

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.

Trata-se, portanto de um aumento da pena. Se um terceiro quer praticar o aborto e matar a gestante responderá pelos crimes de aborto e homicídio, mas, se deseja apenas matar a gestante e não se sabe da gravidez, responderá apenas por homicídio, uma vez que o direito não pune o que não se sabe.

Sendo aplicável somente aos artigos 127, 125 e 126 CP<sup>80</sup>.

#### 2.3.4 Aborto necessário

São os casos em que a gravidez esteja oferecendo risco à vida da gestante. Para tanto, segundo Bitencourt<sup>81</sup> o aborto necessário exige dois requisitos simultâneos: perigo de vida da gestante e inexistência de outro meio para salvá-la. Sendo o aborto, portanto, o único meio de salvar a vida da gestante.

De acordo com as palavras do escritor Cezar Bitencourt “O aborto necessário também é conhecido como aborto terapêutico e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante<sup>82</sup>”.

Entretanto é um procedimento que só pode ser realizado por médico. E só em hipótese de perigo de vida iminente, na falta de médico, outra pessoa poderá realizar a intervenção.

Ainda utilizando das palavras do autor, este preceitua que o aborto nessas circunstâncias pode ser realizado mesmo contra vontade da gestante:

A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, §3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida). Ademais tomando cautelas devidas, agirá no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, 1ª parte), pois na condição de garantidor, não pode deixar perecer a vida da gestante. Enfim, o

---

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14º ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 672.

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. V. 2. 3º ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.P. 168.

<sup>82</sup> Idem.

consentimento da gestante ou de seu representante legal somente é exigível para o aborto humanitário, previsto no inciso II do art. 128.

Em se tratando de perigo mediato, ainda que haja exigência legal, é recomendável que obtenha o consentimento da mãe.

### 2.3.5 Aborto sentimental

O aborto sentimental, conhecido como ético ou humanitário vem tipificado no artigo 128, II, do CP e é aquele praticado por médico, nas hipóteses resultantes de estupro, necessitando de consentimento da gestante ou caso ela seja incapaz, de seu representante legal.

De acordo com Rogério Greco<sup>83</sup>:

No aborto sentimental ou humanitário o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar. De conformidade com a teoria diferenciadora em matéria de estado de necessidade- que faz distinção entre os bens em confronto-, há a exclusão da culpabilidade da conduta pela inexigibilidade de conduta diversa. O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento.

Segundo o professor Rogério Greco aborto sentimental tem natureza jurídica de excludente de culpabilidade, mais especificamente inexigibilidade de conduta diversa, pois, exigir de uma mulher que foi violentada que ela leve até o final a materialização de um crime é exigir demais dela.

Importante ressaltar que a conduta não será punida se praticada por médico, mas se for praticada por enfermeira/parteira, prevalece que vai se aplicar a analogia in bonam partem se a mesma praticar o aborto de acordo com os incisos I e II do art. 128 CP.

---

<sup>83</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial/** Vol II: 6 ed. Niterói: Impetus, 2009. P.259.

Cezar Bitencourt cita Damásio de Jesus ao qual pondera: “a enfermeira responde pelo delito, uma vez que a norma permissiva faz referência expressa à qualidade do sujeito que pode ser favorecido: deve ser médico”.

### 2.3.6 Aborto Eugênico

O aborto eugênico é realizado quando o feto ou embrião é diagnosticado com alguma anomalia grave, que possa fazer com que ele não sobreviva ou ainda, trazer complicações para a gestante.

De acordo com Luiz Regis Prado<sup>84</sup> este tipo de aborto é realizado quando existem riscos fundados de que o produto da concepção será portador de graves anomalias genéticas e de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrente da gravidez.

Como exemplo do aborto eugênico, cita-se os casos de anencefalia em que o STF, na ADPF 54, autorizou o procedimento em gestantes cujos fetos fossem diagnosticados com tal doença.

Em 2012, o STF, na ADPF 54, decidiu pela possibilidade de realização do aborto de anencéfalo, desde que haja laudo médico atestando a situação do feto. Entendeu-se que a vedação ao aborto, nesse caso, atenta contra a dignidade humana, impondo à gestante um sofrimento desnecessário e cruel, visto que a anencefalia culminará, necessariamente, com a morte do feto. Pode-se, aqui, argumentar, que a vida se encerra com a cessação da atividade encefálica, nos termos do art. 30 da Lei 9.434/1997, razão pela qual o fato (aborto de feto anencefálico) é atípico.

Nas palavras de Rogério Greco a indicação eugênica tem, na atualidade, campo de aplicação bastante limitado;

Está subordinada ao atendimento de determinados requisitos-gerais e específicos- indispensáveis para a admissão desse tipo de aborto e de sua eventual inclusão entre os casos de aborto legal. São requisitos gerais: prática do aborto por médico; realização do aborto em estabelecimento hospitalar público ou privado creditado pela Administração Pública e; consentimento expresso da gestante ou de seu representante legal; o consentimento deve constituir a

---

<sup>84</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14<sup>o</sup> ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 678.

expressão da autêntica liberdade de autodeterminação da mulher grávida (consentimento informado). É preciso que a mulher tenha capacidade de compreender o alcance de decisão de abortar, o que pressupõe o entendimento da natureza da intervenção cirúrgica e da sua finalidade<sup>85</sup>.

A indicação eugenésica não é abarcada pela legislação brasileira, motivo este de ser por diversas vezes alvo de discussão nos diversos Tribunais no país.

### 2.3.7 Aborto econômico

Não permitido por lei, este tipo de aborto é realizado por motivos econômicos ou sociais.

Segundo Prado<sup>86</sup> et al “são vários os motivos passíveis de serem abarcados por essa indicação: dos estritamentos econômicos (baixa renda; família numerosa com precária situação econômica; problemas de moradia; dívidas, etc.)”. Os autores ainda citam que há “outros de índole social (situação de grave enfermidade física ou psíquica de algum membro da família ou da própria mãe, desde que insuscetível na inclusão terapêutica)”.

## 2.4 Abortos em Casos de microcefalia

Eis que em meados de 2015 teve início no Brasil um grave surto da Microcefalia, o que ampliou as discussões sobre aborto e levou ao judiciário a questão envolvendo os fetos microcéfalos levantando a questão da (in) constitucionalidade da descriminalização do aborto.

A microcefalia tem sido pauta de diversas matérias jornalísticas, pesquisas e discussões da comunidade científica e da sociedade em geral nos últimos meses. O fator desencadeante desse fenômeno é o surto de Zika – vírus que, quando atinge gestante, pode ocasionar microcefalia. O Zika é um vírus transmitido pelo contato com o mosquito *Aedes aegypti*, já conhecido dos brasileiros, uma vez que também transmite a Dengue e a Chikungunya. Os riscos da microcefalia potencializaram a

---

<sup>85</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial/** Vol II: 6 ed. Niterói: Impetus, 2009. P.259.

<sup>86</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14<sup>o</sup> ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.P. 681.

violação reprodutiva e à privacidade das mulheres. Agora, mais que nunca, a gravidez é assunto público.

Microcefalia é um problema de má formação do feto no início da gestação, onde o crescimento do cérebro não é normal para o período gestacional. De acordo com o Ministério da Saúde a microcefalia é caracterizada pela má formação congênita do perímetro cefálico.

A microcefalia pode ser acompanhada de epilepsia, paralisia cerebral, retardo no desenvolvimento cognitivo, motor e fala, além de problemas de visão e audição. Cerca de 90% das microcefalias estão associadas com retardo mental, exceto nas de origem familiar, que podem ter o desenvolvimento cognitivo normal. O tipo e o nível de gravidade da seqüela vão variar caso a caso<sup>87</sup>.

Neste sentido, colocam-se em pauta as viabilidades legais de descriminalização do aborto de feto com microcefalia, solicitando a descriminalização dessa prática, tendo em vista a má formação do feto, as consequências da doença e o direito da mulher de se autodeterminar, ou seja, liberdade feminina, além da condição da gestante para manter seu filho, e dar ao mesmo vida digna.

O Estado brasileiro precisa tratar o aborto como um problema de saúde público, a sua proibição leva a abortos inseguros e conseqüentemente ao aumento da mortalidade feminina. Não há no Brasil dados precisos que demonstrem a quantidade de abortos induzidos realizados dentro de um determinado período de tempo, isto ocorre devido à extensão do país, assim como pela falta de dados, uma vez que, somente os abortos que geraram complicações chegam às estatísticas sistema de saúde. O ministro Barroso relata tal precariedade no HC 124.306, ao ponderar que a criminalização do aborto impacta sobre mulheres pobres, que levam ao óbito na busca pela prática clandestina:

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 conseqüência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> **Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção.** Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em 20 de maio de 2019 às 15 horas.

<sup>88</sup> BARROSO, Luis Roberto. **HABEAS CORPUS 124.306.** RIO DE JANEIRO. 17 agosto 2015.

A legalização do aborto, portanto, não fere nenhum direito constitucional de proteção à vida, a sua regulamentação busca, na realidade, promover tal direito, garantindo a possibilidade de escolha das mulheres sobre sua própria vida, promovendo o acesso a um aborto legal e seguro.

Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização<sup>89</sup>.

Ainda de acordo com o Ministro a criminalização por si só não protege o direito à vida:

Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro<sup>90</sup>.

Quanto ao direito à vida, o ministro Marco Aurélio sustentou que na ADPF 54 não se discute a descriminalização do aborto, já que existe uma clara distinção entre este e a antecipação de parto no caso de anencefalia.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime

---

Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 08/04/2019 às 20:00 horas.

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> Idem.

contra a vida – revela-se conduta atípica<sup>91</sup>.

Segundo a requerente da Anadep, os efeitos da infecção causada pelo vírus zika são desconhecidos pela ciência, não se sabe ao certo o impacto que causa na gestação, expondo assim, todavia a gestante há um imenso estado de tortura psicológica<sup>92</sup>:

Há distinção entre interrupção da gestação e o crime de aborto. O primeiro fundamento é o de aplicação analógica do art. 128, I, do Código Penal. Há estado de incerteza. Todos os efeitos nocivos causados pela infecção ainda não são conhecidos pela literatura científica. Entre as questões sem resposta está a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus. Sustentando que não se sabe ainda em quantos e quais casos de mulheres infectadas ocorrerá a transmissão vertical e o desenvolvimento da síndrome congênita do zika. Também não se sabe por quanto tempo o vírus permanece ativo nos corpos das mulheres infectadas para o risco de transmissão vertical em uma futura gravidez. Essa situação de incertezas provocadas pela epidemia sujeita mulheres grávidas a potencial sofrimento psicológico intenso.

Segue argumentando que por via analógica poderia alargar o conteúdo da causa de justificação para tutelar a saúde física e psíquica da gestante. O segundo fundamento seria aplicação analógica do art. 128, II, do Código Penal.

A autorização legal para interrupção de gravidez em caso de estupro visa a proteger a mulher em estado de evidente e excepcional sofrimento e desamparo (o chamado aborto humanitário ou ético). Idêntico nível de desamparo e sofrimento estaria presente no caso de infecção pelo vírus zika, situação que resulta de falha do poder público. A interrupção da gestação no caso de infecção por zika também seria aborto ético ou humanitário, na medida em que protegeria a mulher que sofre por ato omissivo do estado.

O Procurador-geral da República, Rodrigo Janot, defendeu o aborto para grávidas infectadas pelo Zika através de um parecer enviado ao STF. No documento, caracteriza a situação atual como justificação genérica de estado de necessidade e traça um paralelo com a decisão tomada pelo Supremo em 2012, autorizando a interrupção gestacional em casos de fetos anencéfalos. Segundo Janot, a decisão da ADPF 54 também deve valer em casos de diagnóstico de

---

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> **Ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>.

infecção do Zika, visando tutelar a saúde física e mental da mulher e sua autonomia reprodutiva. O Procurador-geral classifica como constitucional esse tipo de aborto.

Em seu parecer, ele afirma que, nos casos de gravidez decorrente de estupro, há um estado de evidente e excepcional sofrimento e desamparo – idêntico nível, afirma, de sofrimento e desamparo gerado nos casos de microcefalia decorrentes da infecção pelo Zika. Este sofrimento alega Janot, seria em grande parte por causa da omissão do Estado que falha ao proteger as mulheres nessas condições e que não pode ser responsável pelo sofrimento das mulheres

Segundo parecer do Procurador Geral da República Rodrigo Janot<sup>93</sup>, afirma que:

A norma constitucional que protege a inviolabilidade da vida é a mesma que assegura inviolabilidade da liberdade e da igualdade (art. 50, caput). Como não há hierarquia entre direitos fundamentais, resta saber qual direito fundamental se aplica ao caso, carecendo de sentido investigação que vise a avaliar qual direito é mais importante ou preponderante na ordem constitucional. Não há conflito de direitos entre mulheres e fetos. Conceber o caso a partir de conflito de direitos fundamentais serve apenas à tese da supremacia do direito à vida. Essa conformação da questão falsifica o problema, na medida em que impede solução de casos concretos, pois define, abstrata e previamente, qual direito deve prevalecer, sem levar em consideração peculiaridades concretas. O Supremo Tribunal Federal já afastou conformação falsa do problema quando considerou constitucional a interrupção de gestação de fetos com anencefalia, no julgamento da ADPF 54/DF.

Todavia criminalizar a mulher que interrompa a gravidez em razão do extremo sofrimento que esta lhe provoca é definir, contra a Constituição que a reprodução é dever da mulher e não um direito.

---

<sup>93</sup> **Janot Defende Aborto Para Grávidas Infectadas Pelo Vírus do Zika.** Globo. Disponível em: [http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/janot-defende-aborto-para-gravidas-infectadas-pelozika-virus.html?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=g1](http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/janot-defende-aborto-para-gravidas-infectadas-pelozika-virus.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1). Publicado em 07/09/2016. Acesso em 05 de outubro de 2019 as 16h30min.

## CAPÍTULO III- DA ANÁLISE DA AÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

Neste capítulo abordaremos sobre a análise da Ação de Preceito Fundamental nº 54, que buscou solucionar a polêmica acerca da possibilidade de interrupção voluntária da gestação em caso de fetos com anencefalia. E também fazer uma abordagem nos tópicos a respeito das posições favoráveis e desfavoráveis à autorização do aborto em caso de microcefalia; e por fim, uma análise da ADI 5581, diante do aumento considerável de casos de microcefalia em bebês cujas mães foram acometidas pela epidemia do Zika vírus, em meados de 2015, 2016, e o debate sobre o tema foi reacendido perante o Supremo mediante tal ADI, para enquadrar os casos de microcefalia na excludente de ilicitude, analogicamente aos casos de anencefalia apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista na Lei 9.882/99<sup>94</sup> em seu artigo 1º, assim menciona “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental”, que no âmbito jurídico está ligado diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54) foi ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), e somente foi julgada em 2012. O ministro relator do caso foi Marco Aurélio de Mello.

De acordo com a autora Lúcia de Freitas em seu artigo<sup>95</sup> a Ação foi proposta para questionar a “constitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que tratam do crime de aborto, frente à possibilidade de mulheres grávidas de feto anencéfalo voluntariamente interromper a gestação”. O

---

<sup>94</sup> **LEI No 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em 19 de Out. de 2019 às 15h35min.

<sup>95</sup> FREITAS, Lúcia Gonçalves de. **A DECISÃO DO STF SOBRE ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE FEMINISTA DE DISCURSO.** Alfa: Revista de Linguística. São José do Rio Preto. 15 de set. de 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-57942018000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-57942018000100011)>. Acesso em 19 de Out. de 2019 às 15h20min.

juízo se deu nos dias 11 e 12 de abril de 2012 e a aprovação teve 08 votos a favor da interrupção da gestação e 02 votos contra.

Em 2012, no entanto, o Supremo Tribunal Federal incluiu no rol das possibilidades legais de aborto aquele praticado quando o feto é diagnosticado com anencefalia, através da ADPF nº 54, a fim de declarar a constitucionalidade da interrupção da gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo. Segundo Nucci<sup>96</sup> “tal conduta foi considerada atípica e independe de autorização judicial, bastando à concordância da gestante”.

Portanto a ADPF Nº 54 se refere à garantia de aborto legal dado às gestantes de fetos com anencefalia. Cumpre ressaltar, utilizando dos dizeres de Lúcia de Freitas<sup>97</sup> que a anencefalia:

Não há tratamento ou cura e, em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação e os poucos que alcançam o momento do parto têm curto período de sobrevivência. Anteriormente ao julgamento da arguição, as gestantes de anencéfalos que desejavam reagir ao transtorno de uma gravidez dessa natureza tinham que recorrer individualmente ao poder judiciário<sup>98</sup>.

O ministro Marco Aurélio ponderou na ADPF 54<sup>99</sup> algumas considerações sobre quão necessário era discutir sobre tema do aborto nos casos de fetos anencéfalos, “uma das mais importantes questões já analisadas pela Corte”. Já para o Ministro Peluso, este seria o mais importante julgamento da história do STF, porque nele se tenta definir o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa.

Segundo o Ministro Marco Aurélio foram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida

---

<sup>96</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p.544.

<sup>97</sup> Idem 51.

<sup>98</sup> Importante ressaltar que o Brasil até 2012, antes do julgamento da ADPF 54, nosso Código Penal (CP) só permitia a prática do aborto: I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante e; II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo\\_penal\\_1ed.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf). Acesso em 22 de out. De 2019 às 20 horas.

<sup>99</sup> **BRASIL. ADPF 54. DISTRITO FEDERAL. 2012.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em 22 de out. de 2019 às 21horas.

extrauterina, e o fato do país ser o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos<sup>100</sup>:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal.

E continuou<sup>101</sup>:

Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

E ainda ponderou sobre antecipação do parto, reconhecendo o direito da gestante à antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencéfalo, com diagnóstico médico previamente, sem ser compelida a apresentação judicial ou outra forma de autorização do Estado, fazendo-se imprescindível delimitar o objeto sob exame<sup>102</sup>:

Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo

---

<sup>100</sup> BRASIL. ADPF 54. DISTRITO FEDERAL. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 22 de out. de 2019 às 21 horas.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Idem.

examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.

O Ministro Joaquim Barbosa Gomes arguiu que <sup>103</sup>:

Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

Ainda de acordo com o Ministro <sup>104</sup>:

No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha, França e Alemanha, dentre outros. Na presente ação, todavia, passa-se ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais. A argumentação desenvolvida, portanto, não questiona o tratamento dado ao aborto pelo direito positivo brasileiro em vigor, posição que não deve ser compreendida como concordância ou tomada de posição na matéria.

---

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> Idem.

Segundo entendimento, tal decisão não descriminaliza o aborto, e também não abre portas ao Crime de aborto diante do Código Penal Brasileiro, mas relata que no caso de anencefalia não deve ser considerado aborto.

De acordo com Carolina Milani Marchiori<sup>105</sup> a decisão de interrupção de gravidez de fetos anencefalos é de suma importância para o país:

De fato, uma decisão que permite a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é de relevância e influência indiscutíveis no país. Isso porque envolve questões sensíveis como o direito à vida e o direito à saúde, passando pelos princípios da dignidade humana e da liberdade e autonomia de vontade. Para alguns, a decisão, certamente, foi um avanço, uma vez que permite afastar o mal-estar da mãe que é obrigada a prosseguir numa gestação fadada ao fracasso. Para outros, contudo, a decisão representou um retrocesso por permitir a morte de inúmeros fetos, ou por verem no julgamento do Supremo uma extrapolação da sua função como legislador negativo.

A demanda foi julgada procedente, declarando o STF à inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

### **3.1 Das posições favoráveis à autorização do aborto em caso de anencefalia**

A Constituição da República assegura tanto o direito de continuar vivo, quanto o direito de se ter uma vida digna quanto à subsistência. A necessidade de tutela da vida humana pelo ordenamento jurídico é incontroversa. Causando diversas discussões acerca de qual direito deve prevalecer.

A descoberta de uma gravidez na vida de uma mulher talvez seja um dos momentos mais especiais para a mesma e também para a sua família, é um instante de expectativas e muitos planos para o futuro de uma criança que em alguns meses nascerá. Entretanto o diagnóstico de microcefalia pode transformar esse sonho em um martírio.

Como já dito anteriormente, a aprovação da ADPF 54, deu-se por 08 votos a favor e somente 02 contra.

---

<sup>105</sup> MARCHIORI, Carolina Milani. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da Decisão e Verificação de Uma Possível Formação de Precedente**. São Paulo. 2012. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210\\_MONOGRAFIA3.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf). Acesso em 29 de Outubro de 2019 às 20 horas.

Ao que pese seu poder de decisão com o prosseguimento da gestação é possível construir um paralelo dos casos de fetos anencefálicos aos fetos microcefálicos. Tendo em vista o cuidado do legislador em proteger não somente físico, mas o emocional da gestante que venha a enfrentar essa circunstância.

Os argumentos contidos nos pedidos de interrupção de gravidez envolvendo outras malformações fetais apresentam o mesmo condão basilar sobre a autonomia reprodutiva da mulher, bem como de sua saúde física e mental. O Relator Marco Aurélio reconhece que<sup>106</sup>:

[...] cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. [...]. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres.

O ministro Luís Roberto Barroso<sup>107</sup> manifestou na ADPF o entendimento de que o tema do aborto deve ser decidido na Corte Suprema porque se trata de debate sobre direitos fundamentais da mulher, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos, o direito de fazer escolhas existenciais e o direito à integridade física e psíquica da gestante.

Nenhuma emenda constitucional pode impedir o desfrute de um direito fundamental porque, no caso brasileiro, seria violação de cláusula pétreia. Os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata e, quando eles entram em rota de colisão, é o Poder Judiciário que deve dirimir a questão<sup>108</sup>.

Barroso disse ainda que permitir o aborto não é incentivá-lo<sup>109</sup>.

O aborto é uma prática que deve ser evitada. Ninguém, evidentemente, acha que ele é uma coisa boa. Portanto, o Estado deve evitá-lo mediante educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparando a mulher que deseja ter o filho e esteja em condições adversas. Defender a descriminalização não significa achar que o aborto deva ser incentivado.

---

<sup>106</sup> **BRASIL. ADPF 54. DISTRITO FEDERAL. 2012.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 22 de out. de 2019 às 21horas.

<sup>107</sup> Idem.

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> Idem.

O Ministro Celso de Melo por sua vez deixou claro que o direito à vida não sobrepõe a outros, sendo que se há uma colisão desde, a tutela constitucional não deve dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção, decorrendo de vício inconstitucionalidade<sup>110</sup>:

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado: [...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto... Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.

O ministro Relator<sup>111</sup> deixou claro na votação da ADPF 54 seu posicionamento com relação ao aborto. Ele defende que a Constituição ao não dispor sobre quando se dá o início da vida humana, não faz de todo e qualquer estágio um bem jurídico. E, portanto deve ser observado o direito à dignidade humana, este é bem explícito quanto aos direitos fundamentais. Ressalta, portanto as palavras do Ministro Ayres Britto.

Este por vez fundou seu voto também no direito de escolha da mulher de prosseguir ou não com a gestação. Dando o direito a mulher de decidir sobre sua própria vida.

Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente: 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

---

<sup>110</sup>Idem.

<sup>111</sup>BRASIL. ADPF 54. DISTRITO FEDERAL. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 22 de out. de 2019 às 21horas.

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 significativo 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 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 à Constituição<sup>112</sup>.

Quanto à ponderação dos princípios constitucionais que norteiam este tema, Barbosa é claro ao afirmar que "no caso em tela deve prevalecer à dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta se escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal<sup>113</sup>".

Para a Ministra Carmen Lúcia, a procedência do pedido nesta ADPF é totalmente viável fundado no direito a dignidade da vida, não sendo tal conduta criminalizável.

Segundo a ministra "a mulher que não pode interromper essa gravidez tem o medo do que vai acontecer, o medo de não lhe ser acometido, o medo físico, o medo psíquico e o medo, ainda, de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar<sup>114</sup>".

Para Gilmar:

A interpretação que se pretende atribuir ao Código Penal, no ponto, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade. Isso porque se trata apenas de uma autorização condicionada para a prática do aborto, de modo que competirá, como na hipótese do aborto de feto

---

<sup>112</sup>BRASIL. ADPF 54. DISTRITO FEDERAL. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 22 de out. de 2019 às 21horas.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> Idem.

resultante de estupro, a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir.<sup>115</sup>

E completa:

Não é o caso de comparação entre os danos psíquicos causados pela frustração proveniente de um diagnóstico de anencefalia e aquele oriundo de uma gravidez resultante de estupro, porém, neste último caso, a legislação não pune o aborto em que o feto é perfeitamente saudável, ao passo que a mesma legislação ainda não disciplinou o aborto dos fetos anencéfalos, em que também há o dano psíquico à gestante.

Nota-se, portanto, que a tendência da jurisprudência atual é no sentido de permitir o aborto de fetos portadores de graves anomalias que, segundo os pareceres médicos, tornariam impossível a sobrevivência. Bem como preservar a dignidade humana da gestante e o seu poder de decisão.

### **3.2 Das posições desfavoráveis à autorização do aborto do aborto em caso de anencefalia**

Na votação da ADPF 54 apenas dois ministros votaram contra a deliberação da antecipação do parto em casos de fetos com anencefalia, o Ministro Ricardo Lewandowski e Cezar Peluzo.

O ministro Ricardo Lewandowski<sup>116</sup> defendeu ser o anencéfalo detentor de vida e, portanto, sujeito de direito protegido pelo ordenamento jurídico. O ministro procurou afastar a possibilidade de ser essa hipótese de interrupção caso de excludente de ilicitude, pois segundo ele o legislador infraconstitucional definiu apenas duas situações que o aborto será isento de pena (art. 128, I e II, do Código Penal), destacando que se fosse vontade do legislador, este teria promovido alteração da legislação de modo a incluir tal hipótese entre aquelas previstas na lei.

O ministro enfatizou que<sup>117</sup> caso fosse dada uma decisão favorável no caso do aborto de feto anencéfalo esta teria o condão de legalizar também outras hipóteses de interrupção de gravidez de embrião portador de outras que tivessem pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina. Assim, percebe-se a flagrante

---

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> Idem.

inconstitucionalidade da decisão por violação ao limite do princípio da separação dos poderes.

Segundo o ministro Cezar Peluzo<sup>118</sup> o aborto é a eliminação da vida sem analisar qualquer possibilidade de vida futura ou extrauterina:

O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito a vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana interrupção da gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica.

Quanto ao sofrimento psíquico da mulher o Ministro ressaltou que o prosseguimento da gravidez de feto anencéfalo não atinge a dignidade da gestante, haja vista que a possível morte do feto portador de anencelia é fenômeno natural.

Para Peluzo<sup>119</sup>:

Mesmo em abstrato, a vida tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento, a ponto de o feto saudável não ser protegido contra a liberdade da mulher em caso de estupro. Ou seja, dependendo do grau de desenvolvimento da vida biológica do feto e da situação da gestante, diminui o interesse na proteção do desenvolvimento do primeiro e aumenta o interesse na proteção da liberdade da segunda.

Ainda levando em conta que a discussão volta ao direito de escolha da mulher, o ministro utiliza do direito a liberdade ressaltando que “não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo”.

E concluiu dizendo que “todos os caminhos levam ao conhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada a anencefalia, entre manter a gestação ou interrompe-la<sup>120</sup>”.

### **3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581**

Em agosto de 2016 a Associação dos Defensores Públicos protocolizou junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581. Trata-se

---

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Idem.

de ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental contra atos comissivos e omissivos do poder público, no que se refere a políticas públicas relacionadas ao vírus da Zika e à microcefalia<sup>121</sup>, tendo como principal argumento a declaração de inconstitucionalidade do descrito no artigo 18 da Lei 13.301/16.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) protocolou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581), juntamente com arguição de descumprimento de preceito fundamental, questionando dispositivos da Lei 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika. O principal ponto questionado é o artigo 18, que trata dos benefícios assistenciais e previdenciários para as crianças e mães vítimas de sequelas neurológicas. A associação pede ainda que se dê interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez<sup>122</sup>.

A ANADEP sustenta que, desde outubro de 2015, tem crescido no País o número de recém-nascidos com singularidades neurológicas congênitas associadas à epidemia do vírus Zika e que o Estado teria adotado resposta tardia e insuficiente para combatê-la.

O promotor de justiça Márcio Augusto juntamente com a Analista Judiciária do Ministério Público Natalia Pellicciari<sup>123</sup> dispõe que a ANADEP busca defender a gestante que necessita abortar em virtude da contaminação com o Zika. Assim dispõe:

O enquadramento da mulher que interrompe a gravidez em razão da infecção pelo vírus da zika na causa excludente de ilicitude genérica de estado de necessidade é defendida pela ANADEP em razão do perigo atual de dano à saúde mental da mulher, provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor.

<sup>121</sup> **Ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>.

<sup>122</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti.** 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833>> Acesso em 28 de out. de 2019 às 13 horas.

<sup>123</sup> CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. PELLICCIARI, Natalia. Inconstitucionalidade da legalização do aborto no caso de feto com microcefalia. 23/01/2019. Disponível em: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/369](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/369). Acesso em 20 de maio de 2019 às 15h30 min.

O direito à saúde contida no artigo 196 da Constituição da República Federal<sup>124</sup> diz ser direito de todos, sendo dever do Estado, por meio de políticas públicas meios de garantir esse acesso a todos, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Apesar da redação simples do legislador constitucional, a aplicação prática do dispositivo deve ter o maior alcance possível, com características de proteção e manutenção da saúde, com atenção às mudanças sociais e tecnológicas que venham a ocorrer.

Em comentário ao dispositivo mencionado, utilizo as considerações do autor Kildare Gonçalves:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas na medicina curativa, mas, também na medicina preventiva, dependente por sua vez de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciado pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradias e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras.

De acordo com Márcio Augusto e Natalia Pellicciari nesse sentido, a ADI 5581 defende que:

A gravidez foi transformada em uma espera desamparada para as mulheres, semelhante a um permanente estado de maus-tratos; (ii) muitas mulheres vivem a gestação com medo: não há garantia quanto à saúde dos fetos e delas próprias; (iii) são nove meses de desamparo e se o futuro filho nascer com desordens neurológicas provocadas pela síndrome congênita do zika, tem início um longo percurso de necessidades singulares de saúde e acessibilidade que não são garantidas como direitos e (iv) em relação aos direitos das mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika, há o seu direito à vida digna, o qual pressupõe a possibilidade de escolher não continuar com a gravidez que lhe causa intenso sofrimento<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup>BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 09/02/19.

<sup>125</sup> CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. PELLICCIARI, Natalia. **Inconstitucionalidade da legalização do aborto no caso de feto com microcefalia**. 23/01/2019. Disponível em: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/369](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/369). Acesso em 20 de maio de 2019 às 15h30 min.

A propósito, a Anadep sustenta que haveria a violação aos seguintes preceitos fundamentais:

Dignidade da pessoa humana (art. 1 III, da CR), livre desenvolvimento da personalidade, direitos à liberdade e às integridades física e psicológica (art. 5º caput, CR), direito à informação (art. 5º XIV, da CR), proteção à infância e à maternidade (art. 6º da CR), direito à saúde e da prevenção de doenças (arts. 6º, 196 e 198, II, da CR), direito à seguridade social (art. 203, da CR), direito ao planejamento familiar e de liberdade reprodutiva (art. 226, §7º da CR) e direito à proteção dos deficientes (art. 227, caput, §1 II, da CR)<sup>126</sup>.

Segundo Márcio Augusto e Natalia Pellicciari<sup>127</sup>, ao buscar que a conduta da mulher que interrompe sua gravidez em razão de infecção pelo vírus zika seja enquadrada no estado de necessidade específico de aborto humanitário, a ANADEP defende que o sofrimento que a mulher passa em razão da lembrança do ato violento de estupro é equivalente ao sofrimento sofrido pela mulher que tem ciência de que foi infectada pelo mosquito vetor.

Institui o CP em seu art. 24:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Utilizando dos dizeres de Cleber Masson a respeito do aborto necessário, pondera ele que<sup>128</sup>:

No aborto necessário há conflito entre dois valores fundamentais: a vida da gestante e a vida do feto. E o legislador dá preferência àquela, por se tratar de pessoa madura e completamente formada, sem a qual dificilmente o próprio feto poderia seguir adiante. Em verdade, não se pode rotular como inconstitucional o sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cede, diante de situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente

<sup>126</sup> **Ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>.

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**, Vol. 2, Parte Especial (arts. 121 a 212), 7º ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 102-103

De acordo com o advogado criminalista Evinis Talon<sup>129</sup> “no que concerne à titularidade do bem jurídico em perigo, a ameaça pode dizer respeito a direito próprio ou alheio. É possível interpretar no sentido de que qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo estado de necessidade, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio etc”. Ainda de acordo com Evinis “o critério quanto ao bem jurídico é a análise da proporcionalidade entre o bem protegido e o bem que sofre a conduta de quem alega o estado de necessidade”.

Assim ponderou a Anadep:

[...] Imaginável que a autorização para a interrupção da gravidez em caso em decorrência de estupro se apoia, também, no estado de evidente sofrimento da mulher, pelo estado desamparado provocado pela experiência e lembrança do ato violento. Do mesmo modo, a interrupção da gravidez deve ser autorizada quando o Poder Público falhou em evitar o sofrimento da mulher, por não erradicar o mosquito vetor, por não informar, por não promover medidas preventivas adequadas no contexto da epidemia e, ainda, quando não se compromete com a garantia de direitos da mulher e de seus futuros filhos.

Já com relação ao artigo 128, I do CP, o aborto necessário ou terapêutico, permitido para salvar a vida da gestante, a autora requer sua aplicação analógica, por defender que não se sabe ao certo qual é a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus. Assim, defende que analogicamente, poderia se alargar o conteúdo da causa de justificação para tutelar a saúde física e psíquica da gestante. Ou seja, a proporção de casos de grávidas com a infecção do Zika ainda é de proporções desconhecidas, a aplicação analógica do aborto necessário ou terapêutico aos casos de microcefalia visa resguardar a integridade tanto física quanto psíquica da mulher gestante.

Segundo a Anadep existiria omissão do Estado sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas públicas destinadas à mulher grávida infectada pelo vírus Zika, razão pela qual postula a interpretação conforme à Constituição dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que tratam do crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, para assentar que "a situação de mulher grávida com diagnóstico de infecção por vírus zika enquadra-se

---

<sup>129</sup>TALON, Evinis. Breves comentários sobre o estado de necessidade. Publicado em 29/05/2019. Disponível: <https://evinistalon.com/breves-comentarios-sobre-o-estado-de-necessidade/>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

no art. 128, I, do Código Penal, como estado de necessidade específico, ou no arts. 23, I, e 24 do mesmo Código, como estado de necessidade justificante geral".

Na ADI 5581/DF, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, utilizando o mesmo direito à vida que fez com que o legislador ordinário optasse por criminalizar o abortamento, mas sob o prisma biológico - direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde - defende a constitucionalidade da interrupção quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zika, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva<sup>130</sup>.

Em todos os argumentos utilizados pela requerente se vislumbra que como fundamento o direito à vida da mulher, principalmente no que se refere à sua saúde física e psíquica.

Tal ação, no entanto, ainda está em andamento perante a Corte Constitucional, com análise de mérito ainda pendente de julgamento.

---

<sup>130</sup> Idem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da premissa de que o Código Penal vigente de 1940, época da sua promulgação, não dispunha da tecnologia de diagnósticos que hoje é rotineiramente utilizada nos exames pré-natais, no tocante ao aborto nos casos de microcefalia é um tanto quanto desafiador para a mulher gestante dizer que o legislador se tivesse que permitir o aborto o teria feito na época da promulgação do CP. A defesa do aborto no caso de feto com microcefalia implica na defesa de um avanço temporal, acompanhando as mudanças e seus avanços, além de garantir a mulher o pleno direito de igualdade, resguardando a ela a dignidade humana, sua liberdade, os direitos sexuais e reprodutivos e sua autonomia.

O direito a saúde e a integridade física e psíquica possui natureza fundamental, que se encontra sob forte ameaça em epidemias. No caso da zika, trata-se de epidemia em que as consequências mais trágicas até aqui conhecidas envolvem a reprodução humana. São as mulheres os indivíduos primeiramente atingidos. Elas sofrem antes mesmo que exista uma criança com deficiência à espera de cuidado.

Negar o direito de a mulher decidir sobre abortar, uma gestação em que a saúde se encontra em risco, seja pelo intenso sofrimento mental de não poder prosseguir com uma gestação, como por infecção por zika sabendo todo o transtorno físico e psicológico que está a enfrentar, é enfraquecer a noção do direito à saúde como um direito fundamental. É dar proteção constitucional frágil à vida das mulheres.

É importante ressaltar que o caso da permissão do aborto do feto anencefálico dada permissão pelo STF, indicou que o sofrimento em continuar com a gestação era certo para ambos os sujeitos aos quais se queria proteger, e comparando-se então ao feto com microcefalia, há uma diferença minuciosamente observada, em relação à viabilidade de vida extrauterina, que no feto anencefálico é certa a inviabilidade, mas no feto com microcefalia deve-se analisar caso a caso, pois existem vários graus de má formação cerebral para essa mesma anomalia e conforme apontam pesquisas sobre a microcefalia até o momento não se tem certeza da quantidade de natimortos por microcefalia exclusivamente, devendo-se

também considerar qual a estimativa e qualidade de vida para essas pessoas ao decorrer da vida.

A existência de mandado constitucional de descriminalização do aborto não implica, necessariamente, na decisão de abortamento do feto com microcefalia, pois a mulher gestante não será obrigada a interromper a gestação, a decisão será, sempre, da gestante, diante do diagnóstico de infecção pelo vírus. Utilizando das palavras do procurador da República Rodrigo Janot, pode-se dizer que se trata simplesmente do reconhecimento de que tomar a reprodução humana como um dever, nessas condições, é impor às mulheres autêntico estado de tortura, imenso sofrimento mental.

Descriminalizar o aborto nessas circunstâncias apenas coloca em questão os direitos da mulher em escolher se seguirá com a gestação, sobre sua liberdade, saúde e reprodução, constituição familiar, proteção à integridade física e psicológica e aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Carece salientar que o legislador ao proteger a vida intrauterina quis garantir ao nascituro, a segurança para viver plenamente, garantir-lhe a vida extrauterina. Todavia, o legislador não protegeu o nascituro de forma absoluta..

Também ao admitir por razões de ordem social e individual, explicitado na exposição de motivos do Código Penal, o aborto como lícito nos casos elencados no artigo 128 do CP. Além de reconhecer o estado de necessidade da mãe que corre risco de vida, também garantiu o direito da mulher vítima de estupro em não seguir com uma gravidez indesejada. Portanto, admitiu o aborto de fetos plenamente capazes de ter vida extrauterina.

Contudo analisando de forma geral a ação proposta pela ANADEP (ADI 5581), a ADPF 54, já votada e discutida anteriormente, assim como também o HC nº 124.306, casos distintos que tem cada um seu julgamento e amplitude com teses distintas, correlacionando aos casos de microcefalia, há de concluir que legislador não decidiu, de forma expressa, um determinado conflito de interesses e esse conflito pode ter aplicação o estado de necessidade genérico analogicamente aos casos de anencefalia, tendo em vista sua base sua base de proteção e o cuidado em resguardar não só o sofrimento da criança que venha a nascer, como o de poupar a gestante de um sofrimento físico e mental que está já está a enfrentar ao deparar com uma situação dessas .

Portanto, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126, 23, I, e 24 do Código Penal, para considerar que na interrupção da gestação em caso de contaminação comprovada pelo vírus da zika, deve ser reconhecida a existência de causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento, nessas situações, não compreendendo decisão em contrário, bem como dar toda atenção necessária no que couber da decisão da mulher gestante.

## REFERÊNCIAS:

Ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-Pdf>.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Re. Min. Ayres Britto. Julgamento em 29-05-2008, Plenário, DJE de 28-05-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 03 de outubro de 2019 às 20horas.

BARROSO, Luis Roberto. **HABEAS CORPUS 124.306**. RIO DE JANEIRO. 17 agosto 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 08/04/2019 às 20:00 horas.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELTRAME, Beatriz. **Entenda o que é microcefalia e quais são as consequências para o bebê**. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/microcefalia/>> Acesso em: 15 de março de 2019 às 13h00min.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. — 12. ed. rev. e ampl. -São Paulo: Saraiva, 2012. ed. saraiva v.2.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais em Espécie**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 09/02/19.

BRASIL, **Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 05/03/2019, as 15:00 horas.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti**. 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833>> Acesso em 28 de out. de 2019 às 13 horas.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais em Espécie**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009.

BRASIL. ADPF 54. DISTRITO FEDERAL. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 22 de out. de 2019 às 21horas.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso 02 de outubro de 2019 às 19h 20min.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. – 17<sup>o</sup>ed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. PELLICCIARI, Natalia. **Inconstitucionalidade da legalização do aborto no caso de feto com microcefalia**. 23/01/2019. Disponível em: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/369](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/369). Acesso em 20 de maio de 2019 às 15h30 min.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 02 de outubro de 2019 às 19h25 min.

FRANCO, Sandra. Aborto, **o conflito de poderes e o direito da mulher**. 16 dez. 2016. Estadão. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/aborto-o-conflito-de-poderes-e-o-direito-da-mulher/> > Acesso em 08 de maio de 2019 às 18horas.

FREITAS, Lúcia Gonçalves de. **A DECISÃO DO STF SOBRE ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE FEMINISTA DE DISCURSO**. Alfa: Revista de Linguística. São José do Rio Preto. 15 de set. de 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S198157942018000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198157942018000100011)>. Acesso em 19 de Out. de 2019 às 15h20min.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. Coleção esquematizado / coordenação Pedro Lenza – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Niterói. 19<sup>a</sup> edição. Editora Impetus, 2017.

**Janot Defende Aborto Para Grávidas Infectadas Pelo Vírus do Zika.** Globo. Disponível em: [http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/janot-defende-aborto-para-gravidas-infectadas-pelozika-virus.html?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=g1](http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/janot-defende-aborto-para-gravidas-infectadas-pelozika-virus.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1). Publicad o em 07/09/2016. Acesso em 05 de outubro de 2019 as 16h30min. Ação direta de inconstitucionalidade 5.581/DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>.

KARL Larenz, Metodologia, cit., ed. de 1990, p.585-586. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártire Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. -4. Ed. ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2009.

LEI No 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em 19 de Out. de 2019 às 15h35min.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 16ª Edição. Saraiva. São Paulo 2012.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.** São Paulo: Saraiva 2012. P.97.

MASSON, Cleber. Direito Penal. Vol.1. Parte geral. Esquemático. 9ª Edição. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo.

MARCHIORI, Carolina Milani. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da Decisão e Verificação de Uma Possível Formação de Precedente.** São Paulo. 2012. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210\\_MONOGRAFIA3.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf). Acesso em 29 de Outubro de 2019 às 20 horas.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Gustavo Gunet. **Curso de direito constitucional** -4. Ed. ver. e atual. \_São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Isadora Maria Gomes. Estadão Política. Microcefalia, aborto e STF. Microcefalia - é caracterizada pela má formação congênita do perímetro cefálico. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/microcefalia-aborto-e-stf/>. Acesso em 03 de outubro de 2019 às 08 horas.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, cit., ed. Forense. Rio de Janeiro. P.169-170. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo.** – 17ªed., ver. atual. e ampl. –Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.** Disponível em: <https://lfq.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>>. Acesso em 11 de outubro de 2019 às 15 horas.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado. – 17. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral e parte especial** /Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. -14<sup>o</sup> ed.rev.atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José de Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Ed. Malheiros, 2010.

SANTOS, Pedro. **O direito e o direito ao aborto.** Revista Âmbito jurídico. Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGeraldos/artigos/4308.pdf>. Acesso em 10 de set de 2019.

TALON, Evinis. **Breves comentários sobre o estado de necessidade.** Publicado em 29/05/2019. Disponível: <https://evinistalon.com/breves-comentarios-sobre-o-estado-de-necessidade/>. Acesso em 09 de outubro de 2019.