

CRISTIANE DUARTE SILVA

**DA IMPOSSIBILIDADE DE ABORTO NO CASO DE
MICROCEFALIA**

**CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2016**

**FACULDADES DOCTUM - FIC
CURSO DE DIREITO
CRISTIANE DUARTE SILVA**

**DA IMPOSSIBILIDADE DE ABORTO NO CASO DE
MICROCEFALIA**

Projeto de Monografia apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga - FIC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Penal. Orientador: Prof. Almir Lugon.

**CARATINGA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

TÍTULO DO TRABALHO

Da impossibilidade de aborto no caso de Microcefalia

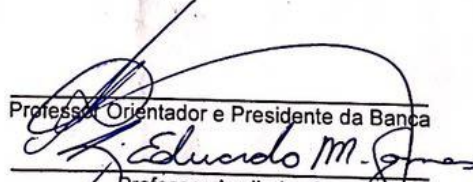
Nome completo do aluno: Cristiane Duarte Silva

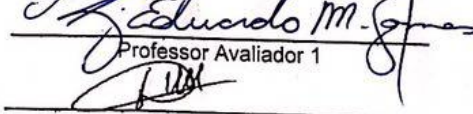
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores LUÍZ EDUARDO MOURA E RODOLFO ASSIS

às 19:40 horas do dia 14 de dezembro de 2016, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: APROVADA (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: EXCELENTE (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).

Trabalho indicado para publicação: SIM () NÃO

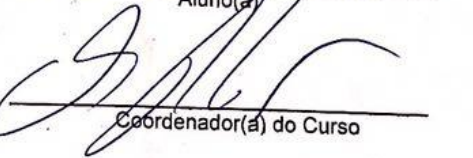
Caratinga, 14 de dezembro de 2016


Professor Orientador e Presidente da Banca


Professor Avaliador 1


Professor Avaliador 2


Aluno(a)


Coordenador(a) do Curso

RESUMO

O referido trabalho aborda um tema muito polêmico e também atual. Tratar de aborto nunca deixará de ser algo interessante e ao mesmo tempo inovador. O tema em questão abordará sobre o aborto em caso de microcefalia, haverá alguma brecha na constituição que possibilite este? Segundo nossa Constituição Federal da Republica tal aborto fere e vai contra nossos direitos constitucionais. Ser a favor de um aborto ao qual há vida viável, é um modo da sociedade discriminar tal ser (feto/criança), por ser portador de uma anomalia como a síndrome da microcefalia.

Palavras chaves: Conceito analítico de crime, Aborto, ADPF 54 (anencéfalos), e Microcefalia.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente nas horas de angústia e quem me dá sabedoria. Aos meus pais Juarez e Antônia pelo amor incondicional, sempre se mantiveram dedicados e empenhados em me fazer um ser humano melhor e tanto lutaram para me ajudar em mais uma conquista tão importante, obrigada pelas palavras de conforto nos momentos difíceis, compreensão e ajudas. Meu irmão Arthur pela alegria e amor que me passa e companheirismo que sempre tivemos, meu noivo José que sempre incentivou a buscar o melhor de mim em cada etapa que se iniciava, pelo carinho e companheirismo. Obrigada ao professor Almir pelo suporte nessa monografia, auxiliando, corrigindo e ajudando. A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, meu muito obrigada

É "de esquerda" ser a favor do aborto e contra a pena de morte, enquanto direitistas defendem o direito do feto à vida, porque é sagrada, e o direito do Estado de matá-lo se ele der errado.

Luis Fernando Verissimo

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental;

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CFM – Conselho Federal de Medicina;

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde;

CP – Código Penal Brasileiro de 1940;

CRM- Conselho Regional de Medicina;

PC – Perímetro Cefálico;

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
CAPITULO I - DO CONCEITO ANALITICO DE CRIME	11
1.1. FATO TIPICO	13
1.2. FATO ANTIJURICO	16
1.3. FATO CULPAVEL	17
CAPITULO II - DO ABORTO	18
2.1. BEM JURIDICO TUTELADO	19
2.2. TIPIFICAÇÕES	20
2.3. DO ABORTO LEGAL (ART. 128)	23
CAPITULO III - ANÁLISE DA ADPF Nº 54	28
3.1. VOTO DO RELATOR	29
3.2. VOTOS VENCIDOS (INTERPRETAÇÃO)	30
CAPITULO IV - DA MICROCEFALIA	36
4.1. ANENCEFALIA X MICROCEFALIA	36
4.2. POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO ABORTO NO CASO DA MICROCEFALIA.	38
4.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE ABORTO NO CASO DE MICROCEFALIA	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho expõe uma visão ao qual mostra que o aborto do feto portador da microcefalia é sim considerado um fato típico, pelo fato de ser viável a perspectiva de vida do feto.

Se julgado procedente o aborto dos fetos portadores de microcefalia, seria um grande passo para se possibilitar a descriminalização de demais abortos por outros tipos de doenças, deformidades e síndromes.

No primeiro capítulo deste trabalho será abordado o conceito analítico de crime, nele poderá se entender melhor o fato desse aborto ser considerado como fato típico; O segundo capítulo, abordará o tema aborto, o que se constitui, bem como quais são os abortos legais.

No terceiro capítulo será exposto uma análise a Arguição do Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), ao qual trará a hipótese baseada para que se fosse julgado procedente a antecipação terapêutica dos fetos anencéfalos (o fato de não se haver vida viável em questão).

Por fim o quarto e último capítulo entra no ponto chave do referido trabalho. Trará a definição de Microcefalia, alguns posicionamentos de quem é a favor desse tipo de aborto e seus respectivos motivos, as diferenças entre anencefalia e microcefalia, e será exposto o motivo ao qual se mostra improcedente tal aborto.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Buscando um melhor desenvolvimento e para melhor entendimento acerca do tema trabalhado, se faz essencial a análise de alguns conceitos. Sendo eles: o conceito analítico de crime, aborto, ADPF 54 (anencéfalos), e microcefalia.

Greco em seu livro *Direito Penal Parte Geral*¹ expõe que a função do conceito analítico é analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.

Após analisar o conceito de crime, entraremos no conceito que aborto. Legalmente, o aborto é entendido como a expulsão do feto ou embrião antes do parto. Sendo, esse ato em regra, considerado ilegal. Portanto, é criminoso o ato de retirar do útero de uma mulher o feto ou embrião vivo. Porém há exceções, essas definidas pelo artigo 128 do Código Penal.

Rafael Sutter em sua obra, conceitua que o aborto é “a interrupção do processo gestacional com a consequente morte do feto, o qual se inicia com a concepção até o momento anterior ao parto, com as chamadas “dores de abertura”².

Com noção sobre o conceito analítico de crime e o conceito de aborto, analisaremos a ADPF 54 de 2012 que trará o conceito de anencefalia. Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal fez o julgamento de um dos mais importantes e históricos casos que já aportaram na Corte Suprema, ao qual julgavam se: poderiam grávidas de fetos anencéfalos optar pela interrupção da gestação com assistência médica? Com base nessa hipótese, oito dos ministros votaram que sim, e o STF julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

¹Greco, Rogério *Curso de Direito Penal*/ Rogério Greco, - 15. Ed.pg.144. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

² SUTTER, Rafael. *A inviolabilidade do direito à vida*/ Rafael Sutter. Pg.90. São Paulo, SP: Ideias & Letras, 2013.

Vejamos o conceito de anencefalia. Volgane Oliveira Carvalho, em seu artigo sobre a anencefalia, traz a conceituação por Gisleno Feitosa que define a anencefalia de tal forma:

Consiste na ausência parcial ou completa da abobada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa 'sem encéfalo', sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana.³

Por fim, e também objeto de análise do presente trabalho, se faz necessário falarmos sobre a microcefalia, segundo o Ministério da saúde em seu livro – Secretaria atenção à saúde -Protocolo de atenção à saúde e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika, tem o seguinte conceito:

A microcefalia é uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. É caracterizada por um perímetro cefálico inferior ao esperado para a idade e sexo e, dependendo de sua etiologia, pode ser associada a malformações estruturais do cérebro ou ser secundária a causas diversas.⁴

³CARVALHO, Volgane Oliveira. A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

⁴ BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria atenção à saúde- 2016, pg.10. Disponível em <http://www.saude.gov.br/public/media/ZgUINSpZiwmb3/64622069021204406934.pdf>, acesso em 06 de novembro de 2016.

CAPÍTULO I

1- DO CONCEITO ANALITICO DE CRIME

Para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita, e culpável.

Rogério Greco em seu livro *Direito Penal Parte Geral*⁵expõe que a função do conceito analítico é analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo analítico nos permite, com clareza, verificar se existe ou não a infração penal, daí sua importância.

Adotamos o conceito de crime como o fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico, segundo uma visão finalista, é composto dos seguintes elementos:

- a) Conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva;
- b) Resultado;
- c) Nexo de causalidade entre a conduta e o resultado;
- d) Tipicidade (formal e conglobante).

A ilicitude é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A ilicitude ou a juridicidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP. Além das causas legais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina ainda faz menção a outra, de natureza supralegal. Qual seja, o consentimento do ofendido. No entanto para que se possa ter o condão de excluir a ilicitude, é preciso, quanto ao consentimento:

- a) Que o ofendido tenha capacidade para consentir;
- b) Que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível;

⁵Greco, Rogério *Curso de Direito Penal/ Rogério Greco*, - 15. Ed.pg.144. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

c) Que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente.

O consentimento do ofendido não poderá afastar a ilicitude do fato, caso seja ausente um destes requisitos a cima citado.

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. Os elementos que integram a culpabilidade são:

- a) Imputabilidade;
- b) Potencial consciência sobre a ilicitude do fato;
- c) Exigibilidade de conduta diversa.⁶

Rogério Greco em sua obra cita uma conceituação exposta por Zaffaroni, em que diz que o delito:

(...)delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal – Parte general, p.324.)

Greco ainda em sua obra de Parte Geral, cita um conceito de crime adotado por Damásio, Dotti, Mirabete e Delmanto. Eles entendem que o crime, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é um pressuposto para a aplicação da pena.

Com base em conceitos anteriores e analisando o conceito dos referidos citado anteriormente, vê-se que, não só a culpabilidade, como também o fato típico e a antijuridicidade são pressupostos para a aplicação da pena. Caso não haja fato típico não se pode aplicar a pena. Se a conduta do agente não for antijurídica, mas sim permitida pelo ordenamento jurídico, também não poderá se aplicar a pena.

Contudo, todos elementos que compõem o conceito analítico de crime são pressupostos para aplicação da pena, e não somente a culpabilidade, como referiram os mencionados autores. Ausência de qualquer um dos requisitos acaba por tornar o crime atípico, ilícito ou inculpável, ocorrendo a sua desclassificação e o acusado sendo absolvido. Neste capítulo será abordado cada um desses elementos e suas

⁶ Greco, Rogério Curso de Direito Penal/ Rogério Greco, - 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, pg.145

principais subdivisões, para que possa ficar claro a classificação e a caracterização de um crime.

1.1. FATO TÍPICO

Segundo Rogerio Greco, o fato típico é composto pela conduta do agente, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, pelo resultado, e também pelo nexos de causalidade e a tipicidade penal.

Se a conduta praticada pelo agente não possuir previsão legal anterior, que defina o ato como crime, este será atípico. Existem alguns atos, que não são considerados como crimes, mas como vai contra os princípios morais, éticos e religiosos de grande parte da sociedade, acabam achando que seria crime.

Para o Direito Penal, o que importa para a configuração de um crime é a realização óbvia da conduta que poderia ser evitada pelo agente, onde sem ela não existiria a concretização do crime, por isso, o fato de apenas pensar em praticar um roubo ou qualquer outra atividade delituosa não caracterizará o crime.

A conduta é o primeiro elemento que integra o fato típico, é um sinônimo de ação e comportamento humanos. Não pune a pessoa jurídica pela conduta, exceto em casos ao qual ela própria praticar atividade considerada lesiva ao meio ambiente, assim como prevê o artigo 225, §3º da CF:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

(Constituição Federal da República de 1988)

Greco diz que a ação ou conduta:

“... Compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).”⁷

⁷Greco, Rogério Curso de Direito Penal- Rogério Greco - Ed.15. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, pg.150.

Vejam os cada uma dessas condutas do agente:

- **Condutas Comissivas e Omissivas**

A conduta comissiva, também denominada como conduta ativa, é aquela que para se caracterizar o crime, necessita de uma ação clara do agente. Já a conduta omissiva é caracterizada quando o agente deveria ter realizado uma determinada ação e a deixa de fazer e não é necessário resultado. Para a configuração do crime é necessário apenas que o autor se omita quando na verdade deveria agir.

- **Condutas Dolosas e Culposas**

Aquele que comete a prática do fato pode ser imputado em dois tipos de conduta, sendo ela Dolosa ou Culposa.

O agente atuará com o dolo, quando se quer diretamente o resultado ou quando assumir o risco de produzi-lo, ou age com culpa, quando dá causa ao resultado em virtude de ter agido por imprudência, negligência ou imperícia.

- **Resultado**

O resultado é o efeito da ação praticada pelo agente. É necessário ainda que este produto seja decorrente de uma conduta humana e voluntária, caso contrário, não será possível à caracterização do fato típico.

Já o resultado jurídico, é quando conduta do agente expõe ao perigo ou causa lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal.

Não existe crime sem resultado jurídico, contudo existem crimes sem resultados naturalísticos. O resultado naturalístico só estará presente nos crimes materiais consumados, caso fique configurado como crime material tentado, não haverá resultado naturalístico. Nos crimes formais ainda que possível a sua ocorrência é dispensável a ocorrência do resultado naturalístico.

- **Nexo de Causalidade**

O nexo causal, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Não havendo vínculo para ligar o resultado a conduta levada a efeito pelo agente, não poderá se falar em relação de causalidade,

sendo assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o causador do fato.

- **Tipicidade Penal**

A tipicidade penal é mais um elemento do fato típico. Podendo ser denominada como Formal ou Material.

Nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

A tipicidade, que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei. Como o tipo penal é composto não só de elemento objetivos, mas também de elementos normativos e subjetivos, é indispensável para a existência da tipicidade que não só o fato objetivamente considerado, mas também sua antijuridicidade e os elementos subjetivos se subsumam a ele.⁸

1) **Tipicidade Formal**

É a ligação entre a conduta praticada pelo agente, com o descrito pelo ordenamento jurídico como crime.

É a operação pela qual se analisa se o fato praticado pelo agente encontra correspondência em uma conduta prevista em lei como crime ou como contravenção penal. A conduta de matar alguém tem amparo no art. 121 do Código Penal. Há, portanto tipicidade entre tal conduta e a lei penal.⁹

2) **Tipicidade Material**

É quando em decorrência da conduta praticada pelo o agente, ocorre lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.

A tipicidade material relaciona-se intimamente com o princípio da ofensividade (ou lesividade) do Direito Penal, pois nem todas as condutas que se encaixam nos modelos abstratos e sintéticos de crimes (tipicidade formal) acarretam dano ou perigo ao bem jurídico. É o que se dá, a título ilustrativo, na hipótese de incidência do princípio da insignificância.¹⁰

Tem relação direta com o conteúdo de proteção da norma.

⁸MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N **Manual de direito penal** – Volume 1: Parte Geral, arts.1º ao 120 do CP- 31ª ed. rev. e atual. até 5 de Janeiro de 2015 – São Paulo: Atlas 2015 Pag.98.

⁹MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – parte geral** – vol.1 – Cleber Masson – 9ª ED. Ver., atual. Eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pag 273.

¹⁰MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – parte geral** – vol.1 – Cleber Masson – 9ª ED. Ver., atual. Eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Pag 273.

1.2. FATO ANTIJURÍDICO OU ILÍCITO

A antijuridicidade é quando o agente não atua em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, em exercício regular de direito, ou seja, quando não houver o consentimento do ofendido como causa suprallegal de exclusão da ilicitude. É uma conduta diversa ao que permitido no nosso ordenamento. Não restringida apenas ao Direito Penal, está presente em todos os campos do direito brasileiro, pois qualquer conduta realizada por um indivíduo que lesionar um tipo legal estará diante de um fato ilícito, ou também denominado como antijuridicidade.

Ao entender de Julio Fabbrini e Renato Fabbrini:

A antijuridicidade é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico. O fato típico, até prova em contrário, é um fato que, ajustando-se ao tipo penal, é antijurídico. Existem, entretanto, na lei penal ou no ordenamento jurídico em geral, causas que excluem a antijuridicidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude.¹¹

A antijuridicidade é dividida em formal e matéria. A esse respeito Rogério Greco cita Miguel Reale Júnior:

Von Liszt lançou, por primeiro, nas 12ª e 13ª edições de seu trabalho, a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico. No seu entender, um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador.¹²

Em nosso Código Penal, existem vários excludentes de antijuridicidade, ou seja, o agente pratica uma conduta que seria classificada como crime, mas o que o motivou a realizar a conduta estará elencado neste rol presente no ordenamento jurídico. São eles: o Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Estrito cumprimento Legal, e o Exercício regular de direito, todos eles previstos no artigo 23 do CP e seus respectivos incisos.

Art. 23 do Código Penal brasileiro - **Exclusão da ilicitude:**

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;

¹¹MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N.- **Manual de Direito Penal** – Volume 1: Parte Geral, arts.1º ao 120 do CP- 31ª ed. rev. e atual. até 5 de Janeiro de 2015 – São Paulo: Atlas 2015 pag159.

¹²Disponível em: <http://www.juridicohightech.com.br/2013/02/antijuridicidade-ou-ilicitude.html>, acesso em 24/09/16, às 11:21.

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

1.3. FATO CULPÁVEL

A culpabilidade é a reprovação dada pelo ordenamento jurídico, bem como pela sociedade em decorrência da conduta praticada pelo agente. A culpabilidade não é um requisito para a definição de crime, seria apenas um pressuposto para a aplicação da pena.

Neste sentido, Luiz Regis Prado em sua obra Curso De Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, pg. 395, diz que: “a culpabilidade, como juízo de reprovação, constitui somente um dos fundamentos da pena, que além disso, deve ser justa e necessária”

Para a caracterização da culpabilidade, é necessária a presença de três requisitos, sendo eles: a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

CAPÍTULO II

2. DO ABORTO

Legalmente, o aborto é entendido como a expulsão do feto ou embrião antes do parto. Sendo, esse ato em regra, considerado ilegal. Portanto, é criminoso o ato de retirar do útero de uma mulher o feto ou embrião vivo. Porém há exceções, essas definidas pelo artigo 128 do Código Penal. A lei considera lícito o aborto se realizado quando a gravidez coloca em risco a vida da gestante ou é resultante de estupro ou atentado violento ao pudor, recentemente adotou-se o aborto no caso da anencefalia. Nessas situações, o feto ou embrião vivo pode ser, impunemente, retirado do útero da gestante.

Segundo Rafael Sutter em sua obra, fala que aborto é:

(...) a interrupção do processo gestacional com a conseqüente morte do feto, o qual se inicia com a concepção até o momento anterior ao parto, com as chamadas “dores de abertura”.¹³

O principal argumento utilizado por aqueles que defendem o aborto e tentam suprimir a incriminação deste, é o fato de que, mesmo sendo proibido por lei penal, é realizado com muita frequência, constantemente, e para ser pior, feito de forma clandestina em clínicas não habilitadas sem estrutura para os procedimentos, que acabam colocando a vida da gestante em risco.

Mas há também aqueles que defendem o direito à vida, principalmente a vida daquele pequeno ser que ali está em formação. Ao engravidar, a gestante traz em seu útero uma nova vida, e ali começa a crescer um novo ser.

É fácil dizer que o aborto deve ser um direito livre de escolha da gestante, o problema no delito do aborto é que não percebemos a dor sofrida pelo óvulo, pelo embrião ou mesmo pelo feto. Como não presenciamos, não podemos enxergar no útero materno, não ouvimos seu sofrimento, aceitamos a morte dele tranquilamente.

Independentemente de seu tempo, a vida deve ser protegida. Há diferença em causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que ainda no

¹³SUTTER, Rafael. A inviolabilidade do direito à vida/ Rafael Sutter. Pg.90. São Paulo, SP: Ideias & Letras, 2013.

útero materno, e matar outro que já tenha 10 anos de idade? NÃO. Não há diferença, pois vida é vida, não importa sua quantidade de tempo.

O CP, pune de diversas formas, dois personagens que estão envolvidos diretamente no aborto, sendo eles, a gestante e o terceiro que nela realiza as práticas abortivas. Caso a própria gestante execute a manobras abortivas estará praticando o crime de auto aborto. Caso seja realizado por um terceiro, deve-se observa se o comportamento se deu, com ou sem o consentimento da gestante, pois as penas são diferentes para cada uma das situações. Vejamos a seguir os artigos do CP que trazem essas penas:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.¹⁴

2.1. BEM JURIDICO TUTELADO

Incriminar o aborto é uma forma de proteger a vida, para isso devemos saber precisamente, a partir de quando se tem início tal proteção. Contudo, quando é considerado que há o surgimento da vida pra fins de proteção por meio da lei penal?

Na concepção de Rogério Greco, sobre o início da vida:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o ovulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação.¹⁵

¹⁴DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

¹⁵GRECO,Rogério. Curso de Direito Penal, Parte especial, vol. II, 12ª edição. 2015. Pg.234.

Posto isso, a nidação é o termo inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal do aborto. Contudo, uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido com a finalidade de interromper a gravidez, será considerado aborto seja consumado ou tentado.

A objetivo jurídico do tipo penal é proteger o direito à vida do feto, seu bem jurídico tutelado é a vida humana intrauterina, de modo que, tutelando-se o direito ao nascimento com vida. O aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção e, a vida, no sentido jurídico, inicia-se desde a concepção.

2.2. TIPIIFICAÇÕES

O aborto pode ocorrer em duas espécies: o aborto natural ou espontâneo, e o provocado, seja ele dolosa ou culposamente.

Na primeira hipótese, o aborto acontece naturalmente, ou seja o organismo da própria gestante se encarrega de expulsar o produto da concepção. Odon Ramos Maranhão diz que os abortos “espontâneos são atribuídos a causas mórbidas de várias categorias, que provocam a morte fetal e expulsão do produto de concepção.” (MARANHÃO, Odon Ramos. Curso básico de medicina legal, p.187.)

Na segunda hipótese tem-se o aborto provocado, sendo esta provocação subdividida em: dolosa e culposa. As espécies dolosas são aquelas previstas pelos artigos 124 ao 126 do CP. Na espécie culposa ainda não houve uma previsão legal, pois, se uma gestante, com seu comportamento culposo vier a dar causa à expulsão do feto, o fato será considerado um indiferente penal.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

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

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.¹⁶

¹⁶DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

O artigo anteriormente citado tipifica o crime do auto aborto, que é quando a própria gestante pratica a conduta e o aborto consentido, quando a gestante consente para que um terceiro pratique tal conduta.

O bem jurídico defendido neste caso é a vida humana intrauterina, de modo que, tutela-se o direito ao nascimento com vida.

Nesse caso é a gestante o sujeito ativo, tratando-se de crime próprio, o sujeito passivo é o feto, seja em qualquer fase de desenvolvimento intrauterino.

A vontade do agente nesse crime, é a de matar o feto, interrompendo a gravidez, a intenção é impedir o nascimento com vida. Pode ser dolo direto, com intenção de matar ou dolo eventual, quando a gestante assume advindo do risco do aborto.

Pode ser utilizado qualquer meio capaz de interromper a gravidez, seja mecânico, orgânico, tóxico etc. Deve ser provado o estado fisiológico de gravidez através de perícia para provar que o aborto existiu. Também é importante ressaltar que não se admite o aborto culposos.

Classifica-se como crime material, aquele que tem resultado naturalístico, com modificação do mundo exterior. Consuma-se com a morte do feto, seja dentro do ventre, seja pela sua expulsão pré-matura. A tentativa é admitida, quando a morte não ocorre por circunstâncias alheias a vontade do sujeito ativo, como por exemplo, havendo a aceleração do parto, a criança nasce com vida, e não morre (aborto tentado).

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.¹⁷

O presente artigo classifica o crime de aborto provocado pelo terceiro sem o consentimento da gestante.

O bem jurídico tutelado é a vida humana intrauterina, de modo que, tutela-se o direito ao nascimento com vida.

¹⁷ DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

Nesse caso o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Por esse motivo classifica-se de crime comum. O sujeito passivo é o feto, em qualquer fase do seu desenvolvimento intrauterino.

O elemento subjetivo nesse crime é a de matar o feto, impedindo o nascimento com vida. Pode ser dolo direto ou dolo eventual.

Pode ser utilizado qualquer meio capaz de interromper a gravidez, seja mecânico, orgânico, tóxico etc. Deve ser provado o estado fisiológico de gravidez através de perícia para provar que o aborto existiu.

Classifica-se como crime material, sendo aquele que tem resultado naturalístico. A consumação ocorre com a morte do feto, seja dentro do ventre, seja pela sua expulsão pré-matura. Admite-se a tentativa, quando a morte não ocorre por circunstâncias alheias a vontade do agente.

Aborto com o consentimento da gestante

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.¹⁸

O proposto artigo 126, tipifica o crime de aborto provocado por terceiro porem com o consentimento da gestante. A gestante responde pelo crime previsto no art. 124 anteriormente citado e o terceiro responderá por este tipo penal.

O bem jurídico tutelado é a vida humana intrauterina. Tem-se como sujeito ativo qualquer pessoa. Classifica-se como crime comum. O sujeito passivo, é o feto, seja em qualquer fase de desenvolvimento intrauterino.

O elemento subjetivo nesse crime é a de matar o feto, tem a intenção de impedir o nascimento com vida. Pode ser dolo direto ou dolo eventual.

Pode ser utilizado qualquer meio capaz de interromper a gravidez, seja mecânico, orgânico, tóxico etc. Deve ser provado o estado fisiológico de gravidez através de perícia para provar que o aborto existiu.

¹⁸ DECRETO-LEI N^o 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

É classificado como crime material, tendo seu resultado como naturalístico. A consumação ocorre com a morte do feto, seja dentro do ventre, seja pela sua expulsão pré-matura. Admite-se a tentativa, quando a morte não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Causa do aumento de pena

Art. 127do CP - 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.¹⁹

Aumenta-se a pena do terceiro que provocou o aborto com ou sem o consentimento da gestante, em 1/3 se, em decorrência do aborto, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, mesmo que tenha consentido no crime. Ainda, a pena será duplicada se da conduta resultar a morte da gestante.

A exemplo disso: a) A gestante consentiu, e morreu, o terceiro responde nas penas do art. 126 duplicada; b) A gestante não consentiu ou tinha consentimento viciado, ou era menor de 14 anos; ou era mentalmente imputável: o terceiro responde nas penas do art. 125 duplicada.²⁰

2.3. DO ABORTO LEGAL

Começaremos analisando o disposto no artigo 128 do Código Penal:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.²¹

O art. 128 traz as hipóteses de aborto legal, aquele ao qual poderá ser praticado pelo médico e seus respectivos auxiliares na hora do procedimento.

O aborto tratado como necessário, que está previsto no inciso I, é aquele ao qual a gestante corre risco de morte atual, não necessitando de ordem judicial, mas o médico deverá relatar o ocorrido e enviar ao CRM.

¹⁹ **DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.**

²⁰ Direito Penal, Aborto- artigos 124 ao 128, do CPB. Disponível em:

<http://direitopenalanhanguera.blogspot.com.br/2009/05/aborto-artigos-124-128-do-cpb.html>. Acesso em 15 setembro de 2016

²¹ **DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.**

Frederico Marques diz que:

(...) nos termos em que o situou o CP, no art.128, II, trata-se de fato típico penalmente licito. Afasta a lei a antijuridicidade da ação e provocar aborto, por entender que a grávida, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a *ratio essendi*²² da impunidade do fato típico.²³

Rogério Greco afirma em sua obra que “a grande parte de nossos doutrinadores entendem que, na hipótese da gravidez ser resultante do estupro, o aborto realizado pela gestante não deve ser considerado como antijurídico”. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Especial. Rogério Greco. Volume II – 12ª Edição- ed. Impetus, 2015 – São Paulo, SP. Pg.247)

Tendo em vista o inciso II do artigo 128, Greco expôs a seguinte ideia:

(...) há dois bens em confronto: de um lado, a vida do feto, tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; do outro, como sugere Frederico Marques, a honra da mulher vítima de estupro, ou a dor pela recordação dos momentos terríveis pelos quais passou nas mãos do esturador. Adotando-se a teoria unitária ou a diferenciadora, a solução para este caso seria a mesma. Pela redação do art. 24 do Código Penal, somente se pode alegar o estado de necessidade quando o sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ora, há uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concebida por Deus. Não entendemos razoável no por esse último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária, não poderíamos falar em estado de necessidade. Com relação à teoria diferenciadora, o tema fica mais evidente. Se o bem vida é de maior valor superior ao bem honra, para ela o problema se resolve não em sede de ilicitude, mas, sim, no terreno da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto.

Continua ainda:

Da mesma forma não conseguimos visualizar a aplicação das demais causas de excludentes da ilicitude ao inciso II do artigo 128 do CP. Não se trata de legítima defesa, pois o feto não está agredindo injustamente a gestante; não é o caso de estrito cumprimento de dever legal haja vista a inexistência do dever legal de matar, a não ser nos casos excepcionais, previstos no art. 84, XIX, da Constituição Federal, cuja sinistra função caberá aquele que exercer o papel de carrasco; e muito menos se pode argumentar com o exercício regular de direito, uma vez que o ordenamento jurídico quer, na verdade, é a preservação da vida, e não a sua destruição.²⁴

²² *ratio essendi* vem do latim e significa *razão de ser*.

²³ MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v.2, p.218.

²⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Especial. Rogério Greco. Volume II – 12ª Edição- ed. Impetus, 2015 – São Paulo, SP.

Posto isso, conclui-se no entanto que não se pode exigir da gestante ao qual sofreu a violência sexual a manutenção de sua gravidez, mesmo porque se levada a diante poderia lhe trazer grande transtorno, devido a todo sofrimento passado, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO – ADPF Nº 54

Em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão sobre o aborto no caso de feto anencéfalo, por maioria dos votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, I e II, todos do diploma repressivo.

Uma vez diagnosticada a anencefalia, poderá a gestante se for de sua vontade, submeter-se ao aborto, sem que tal comportamento seja entendido como crime.

Suelen Chirieleison Terruel, em seu artigo ao site do Senado expõe alguns conceitos e fatos da anencefalia:

O grau máximo de severidade da formação de tubo neural é aquele em que há total falha da neurulação primária e que origina a craniorraquisquise total. O feto que é acometido desta malformação não sobrevive senão poucas horas de vida, pois todo o sistema nervoso central fica exposto e malformado. A anencefalia encontra-se, indubitavelmente, entre as mais graves malformações congênitas do sistema nervoso central do embrião.

A definição leiga de anencefalia é expressa como "monstruosidade consistente na falta de cérebro", conforme expresso em dicionário da língua portuguesa.

Em linguagem científica, define-se anencefalia como uma malformação decorrente do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, o que implica na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais. Esta malformação ocorre no 26º dia de gestação, momento no qual ocorre o fechamento do tubo neural: o período crítico varia do 21º ao 26º dia. Não existe cérebro bem constituído no anencéfalo. Há um desabamento ou ausência da calota craniana e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A criança nasce com o que se costuma chamar "área cerebrovascular", que consiste numa massa de tecido conectivo vascular e esponjosa, colágeno, canais de sangue, cistos, glias, plexos coróides irregulares e hemorragias. A "área cerebrovascular" é coberta por um saco epitelial e em 46% dos casos não existem hemisférios cerebrais, havendo apenas rudimentos nos outro 54%. O cerebelo é ausente em 85% e o tronco cerebral ausente em 75%.²⁵

²⁵Entenda o que é anencefalia, por Suelen Chirieleison Terruel. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em 27/09/16 às 08:57;

Continua ainda, dizendo sobre a formação deste feto, e como seria ao nascer:

Geralmente a criança nasce sem testa, com orelhas de implantação baixa e pescoço curto. A base do crânio é diminuída por causa da alteração do osso esfenoide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transversal aumentado. A boca é relativamente pequena e o nariz longo e aquilino. Apresenta sobras de pele nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões oculares malformados, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. Responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos. Apresenta quase todos os reflexos primitivos do recém-nascido, além de elevar o tronco, a partir da posição em decúbito dorsal, quando se estende ou comprime os membros inferiores contra um plano da superfície (manobra de Gamstorp).

Na maioria das vezes, a anencefalia inviabiliza a possibilidade de vida-extra-uterina, podendo apresentar "grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto." A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso, constituído de tecido exposto degenerado.

O risco geral de ocorrência é de 0,1%; recorrência de 2,7% para outra anencefalia ou de 4,6% para qualquer outro defeito do tubo neural; após dois irmãos afetados, o risco sobe a 10% ou 12%; parentes de segundo e terceiro graus têm risco menor que 1%.

O diagnóstico pode ser efetuado pré-natalmente, a partir de 12 semanas de gestação, por dois métodos: ultrassonografia e dosagem de alfa-feto proteína. Esta, em gestação de anencéfalo, se encontra aumentada no soro materno e no líquido amniótico por volta da 12ª à 16ª semana de gestação. Geralmente os ultra-sonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para a confirmação diagnóstica.²⁶

Levando em consideração todos esses diagnósticos, e sabendo dos riscos físicos e psicológicos, ao qual não a perspectiva de vida para o feto, foi que adotaram o "aborto" do feto com anencefalia como ato não criminoso. Quando a decisão da mulher ou mesmo do casal for favorável à interrupção da gestação, deverão ser elaborados documentos para obtenção de autorização judicial para que o procedimento seja legalmente realizado. Os documentos necessários serão o relatório médico solicitando autorização judicial, explicando no relatório que a doença é letal em 100% dos casos, os exames de ultrassom morfológico com avaliação de idade gestacional e descrição da patologia, avaliação psicológica da mulher ou do casal e assinatura dela ou do casal. Sendo concedida a autorização judicial, a gestante deverá retornar ao hospital a fim de ser internada e o parto induzido com medicamentos.

²⁶Entenda o que é anencefalia, por Suelen Chirieleison Terruel. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em 27/09/16 às 08:57.

Realizado o procedimento cirúrgico, o médico obstetra emitirá o atestado de óbito. Conduta especial deverá ser oferecida à puérpera (mulher que deu à luz há bem pouco tempo), incluindo tratamento psicológico que vise evitar o quadro depressivo que, na maioria das vezes, acomete o estado puerperal do parto de anencéfalo.

Para se chegar a tal conclusão e considerar procedente a antecipação terapêutica dos fetos anencéfalos os legisladores usaram como fonte o início da vida e quando considerar seu fim. De acordo com o art. 3º da lei 9.434/1997, lei referente a doações de órgãos, tem-se, então, aqui, o requisito básico para a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: a morte encefálica.

No entanto dispõe o artigo 3º da Lei 9.434/97:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Posto isso, o início da vida se dá com a formação e funcionamento do cérebro, se ele não funciona, ou no caso nem se forma, há de se falar em vida.

No próximo capítulo, detalharemos sobre a anencefalia e sua ADPF nº54.

CAPITULO III

3. ANÁLISE DA ADPF Nº 54

Em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal fazia o julgamento de um dos mais importantes e históricos casos que já aportaram na Corte Suprema, ao qual julgavam: poderiam grávidas de fetos anencéfalos optar pela interrupção da gestação com assistência médica?

Oito dos ministros votaram que sim, e o STF julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP.

De fato, essa decisão no qual permitiu a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos foi de relevância e influência indiscutíveis no país. Isso porque envolve questões muito debatidas e 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”.

Volgane Oliveira Carvalho, em seu artigo sobre a anencefalia, traz a conceituação por Gisleno Feitosa que define a anencefalia de tal forma:

Consiste na ausência parcial ou completa da abobada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa ‘sem encéfalo’, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana.²⁷

Pois bem, tendo como base nessa informação e embasado no ordenamento jurídico, só haverá vida a partir do funcionamento do cérebro. Neste sentido se não há funcionamento do cérebro não há vida. Não há motivos para se falar de aborto dos fetos anencéfalos, o anencéfalo é um natimorto cerebral, não há vida, biológica (viabilidade) ou jurídica (atividade cerebral), não haverá o que cessar, e sim apenas uma interrupção ao qual diminuirá o sofrimento da gestante.

²⁷CARVALHO, Volgane Oliveira. A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

3.1. VOTO DO RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

A principal questão no voto do Relator Ministro Marco Aurélio era saber se a tipificação penal da interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional.

E, para chegar em tal conclusão ele enfrentou uma série de questões intermediárias, como: o feto anencéfalo tem vida? Havendo vida, prevalece o seu direito à vida ou os direitos da mulher? O legislador penalista quis a inclusão dessa hipótese nos casos de aborto?

É possível dividir o voto do Ministro Marco Aurélio em duas partes, sendo essas as principais. Na primeira, ele argumenta que o fato é atípico, pois o anencéfalo é um natimorto cerebral, não podendo então se falar em vida, *biológica* pelo fato da viabilidade ou *jurídica* por não ter atividade cerebral.

Na segunda ele supõe, muito embora deixe bem claro que esse não era seu entendimento, que haveria vida no feto anencéfalo. Em seguida, diz que o feto merece tutela jurídica menos intensa, pois em grau de desenvolvimento inferior, e que o direito à vida não é absoluto em nosso ordenamento jurídico. Posto isso da ponderação entre os direitos da mulher, e o suposto direito à vida do feto anencéfalo, prevalecem os primeiros.

Segundo Marco Aurélio em seu voto a ADPF 54:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.²⁸

O ministro fala também sobre uma interpretação evolutiva do Código Penal justificando que o legislador só não previu a atipicidade da interrupção do feto anencéfalo, pois na época não tinham tecnologias o suficiente para se identificar a doença, mas pode-se presumir que o legislador excluiria, em vista inclusive da excludente do aborto de feto fruto de estupro, que é viável, e do feto que esteja pondo em risco a saúde da mãe.

Marco Aurélio afirma:

²⁸Trecho do voto do Relator Ministro Marco Aurélio p.3, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>.

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa.²⁹

Sobre a laicidade do estado ele diz:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.³⁰

Marco Aurélio afirma ainda que “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”, diz ainda ao sustentar a descriminalização da prática, que “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, ou será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”.

3.2. VOTOS VENCIDOS

Por maioria de votos, o Plenário do STF julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código

²⁹Trecho do voto do Relator Ministro Marco Aurélio p.3, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>.

³⁰ Trecho do voto do Relator Ministro Marco Aurélio p.14, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>.

Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente.

Anteriormente pode-se destacar com detalhes a análise do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, ele foi um dos que votaram pela procedência do pedido. A seguir analisaremos os demais votos a favor, sendo ele dos Ministros: Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto, Rosa Weber, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES:

A hipótese que foi levantada por ele, era saber se a penalização da interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional. O Ministro Gilmar Mendes considera o fato típico, uma vez que o feto anencéfalo pode nascer com vida e o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal, sendo, portanto, tutelado pelo direito.

Contudo, o Ministro vê o “aborto” de anencéfalo como mais uma excludente de antijuridicidade, uma vez que interpreta ser essa a decisão extraída da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e aborto humanitário, expressou os valores e bens jurídicos protegidos, saúde física e psíquica da mãe, justamente os bens ameaçados na gravidez de feto portador de anencefalia.

Por fim, reconhece ao STF a legitimidade de proferir decisões manipulativas de efeitos aditivos, atuando como verdadeiro ‘legislador positivo’, ainda que no âmbito normativo penal, pois *in bonam partem*.

VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX:

A questão de maior foco para ele, era saber se há necessidade, ou não, de criminalizar o aborto de feto anencefálico.

Fux defende a construção jurisprudencial de uma nova hipótese de estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Alega também que o fato do legislador ter previsto a permissão do aborto sentimental, na qual se admite a supressão da vida de um feto sadio para tutelar a saúde psíquica da mulher, é prova de que, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época da promulgação do Código Penal, teria ele

previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade.

Por fim, disse que penas privativas de liberdade somente devem ser empregadas em hipóteses extremas, quando não há meios alternativos eficazes para a proteção do bem jurídico. No caso, a criminalização do “aborto” de feto anencéfalo agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio, de modo que a questão deve ser tratada como matéria de saúde pública segundo uma política de assistência social eficiente.

VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO:

Sua questão principal, foi, saber se a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto.

Seu voto no entanto ficou dividido em duas partes. Na primeira, Ayres rebate os argumentos do Ministro Lewandowski (que votou contra a interrupção) para dizer que o conjunto normativo em questão (artigos do código penal referentes ao aborto) comporta sim interpretação conforme por ser polissêmico e haver controvérsia jurídica e social a ser dirimida.

Para comprovar isso, relata a existência de três possibilidades de interpretação quanto ao alcance da norma penal relativamente ao feto anencéfalo: a antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo é crime; é fato atípico, pois não há vida em potencial; e é fato típico, mas não é punível, por prevalência, no caso, dos direitos da mulher (saúde física e psíquica, dignidade humana e liberdade de escolha).

A segunda parte do voto é quando ele se filia à segunda corrente, da atipicidade, por considerar que não há vida em potencial no feto anencéfalo.

Para Britto, a gravidez se destina à vida, e não à morte. Segundo ele é “até questão lógica” a opção da mulher no sentido de interromper a gestação de um feto anencéfalo. “É preferível arrancar essa plantinha ainda terra do chão do útero do que vê-la precipitar no abismo da sepultura”, afirmou em seu argumento na votação à ADPF 54.

VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER:

Rosa expõe como sua principal questão, saber se a penalização da interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional.

Rosa Weber, sustentou em seu voto que, para o direito, o que estaria em jogo, no caso, não era o direito do feto anencefálico à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina (CFM), jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal. O que entra em jogo, portanto, segundo ela, é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano.

Alega que a melhor solução não é a ponderação de valores, mas que, no caso concreto em questão, há dúvida sobre a aplicação da proteção à vida do feto, enquanto não resta dúvida sobre os direitos fundamentais da gestante que estão envolvidos, de modo que prevalece a preservação da autonomia, da dignidade, da liberdade reprodutiva e do direito de escolha da gestante.

Por fim, fala que a intervenção do direito penal deve ser mínima e subsidiária, segundo parâmetros de racionalidade e eficiência, e, no caso da interrupção de gravidez de feto anencéfalo, a penalização implica medida extrema e ineficiente para proteger uma percepção moral difusa.

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO:

A principal questão para o Ministro Celso de Mello era saber se a interrupção da gestação do feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto.

No entrando julgou procedente a ação, e disse em seu voto:

Julgo integralmente procedente a ação, para confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia, dando interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que, sem redução de texto, seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes (para todos) e efeito

vinculante, de qualquer outra interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico.³¹

O Ministro Celso de Mello defendeu duas posições. A primeira, e principal em seu voto, consistiu na atipicidade do fato, pois não havendo atividade cerebral no feto anencéfalo, não há que se falar em vida. E se não há vida a ser protegida nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante. Também afirmou que se à época houvesse o arsenal de conhecimento tecnologia de hoje, provavelmente o legislador teria permitido, além das duas excludentes já existentes, o “aborto” anencefálico, diante da absoluta certeza de inexistência de vida.

Na segunda, diz que mesmo que se considerasse o fato típico, tratar-se-ia de hipótese configuradora de causa supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que inexistente em tal contexto “motivo racional, justo e legítimo, que possa obrigar a mulher a prolongar inutilmente a gestação e a expor-se a desnecessário de sofrimento físico ou psíquico com grave dano à sua saúde e com possibilidade até mesmo de risco de morte”. Desse modo, a incidência da norma penal relativo ao crime de aborto é desproporcional e inconstitucional.

VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:

O ministro Joaquim ponderou saber se a interrupção da gestação do feto anencéfalo é constitucional.

Barbosa defende a atipicidade do fato por considerar que não há vida viável no feto anencéfalo. Alega que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados e que o Direito Penal protege apenas a hipótese em que o feto está biologicamente e juridicamente vivo.

Além disso, considera o fato do aborto de anencéfalo não ser considerado lícito se explica pela data da promulgação do CP, em 1940, quando não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto.

³¹ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>.

Por fim, diz que seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

Posto isso, e embasado nos votos dos ministros, a percepção que se chega é que, não há de se falar em vida biológica ou jurídica, se é em relação ao feto portador da anencefalia, não teria motivos uma gestante nesse caso, em prolongar uma gravidez que lhe gera tanto sofrimento e transtornos.

No próximo capítulo serão abordados aspectos entre anencefalia e microcefalia, relacionando a ADPF 54, seria um fato típico ou atípico o aborto de feto portador da microcefalia, trazendo relações e comparações desses assuntos englobados junto ao tema aborto.

CAPITULO IV

4. DA MICROCEFALIA

A microcefalia, segundo o Ministério da saúde em seu livro – Secretaria atenção à saúde -Protocolo de atenção à saúde e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika, tem o seguinte conceito:

A microcefalia é uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. É caracterizada por um perímetro cefálico inferior ao esperado para a idade e sexo e, dependendo de sua etiologia, pode ser associada a malformações estruturais do cérebro ou ser secundária a causas diversas.³²

A causa da microcefalia na maior parte dos casos são infecções adquiridas pela mãe, especialmente no primeiro trimestre da gravidez, que é quando o cérebro do bebê está sendo formado. Toxoplasmose, rubéola e citomegalovírus são alguns exemplos. Outros possíveis causadores são abuso de álcool e drogas ilícitas na gestação e síndromes genéticas como a síndrome de down. Atualmente constatou-se a infecção da mãe pela picada do Zika vírus.

Em nota ao site G1 da Globo, o Ministério da Saúde declara que:

Em 90% dos casos a microcefalia vem associada a um atraso no desenvolvimento neurológico, psíquico e/ou motor. O tipo e o nível de gravidade da seqüela variam caso a caso, e em alguns casos a inteligência da criança não é afetada. Déficit cognitivo, visual ou auditivo e epilepsia são alguns problemas que podem aparecer nas crianças com microcefalia.³³

Apesar de ser uma malformação congênita, o feto, e posteriormente o ser que ali se forma, terá uma perspectiva de vida assim como as demais, apesar de algumas limitações.

4.1. ANENCEFALIA X MICROCEFALIA

Anteriormente no capítulo 3, foram abordados aspectos acerca da ADPF nº 54 de 2012, ao qual julgou procedente a antecipação terapêutica do parto das gestantes de fetos com anencefalia. Na anencefalia, o feto é considerado um natimorto, levando-

³² BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria atenção à saúde- 2016, pg.10. Disponível em <http://www.saude.gov.br/public/media/ZgUINSpZiwmb3/64622069021204406934.pdf>, acesso em 06 de novembro de 2016.

³³ G1–Globo. Microcefalia: saiba o que é, o que causa e como identificar. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/microcefalia-saiba-o-que-e-o-que-causa-e-como-identificar.html>. Acesso em 06/11/2016.

se em consideração o não desenvolvimento do cérebro. Com isso, não se constitui o bem tutelado em consideração, “a vida”.

Na citada ADPF, ao se estabelecer a inviabilidade da vida extrauterina do feto acometido pela má formação neural, entendeu-se que a condição da anencefalia é incompatível com a própria vida, e sendo o aborto crime contra a vida, uma vez não havendo vida em potencial a ser protegida, o feto anencefálico seria um irrelevante patológico para o mundo do direito, portanto, não tutelado juridicamente. Já a microcefalia, há uma perspectiva de vida, mesmo com algumas restrições e cuidados especiais, tal feto, pode se tornar posteriormente, uma criança saudável e viver normalmente como uma não portadora.

Segundo o ministro aposentado do Supremo Tribunal, Carlos Velloso, a aprovação do aborto para casos de anencefalia não pode ser usada como exemplo para que o procedimento de interrupção da gravidez também seja adotado em casos de microcefalia.

Para Carlos Velloso, o fato de a anencefalia ter efeitos diferentes da microcefalia impede que as duas condições sejam tratadas da mesma forma: “Seria uma brutalidade sem nenhuma justificativa eliminar uma vida porque a criança vai nascer com problema cerebral. Então, se tiver também problema coronariano, pulmonar, vamos autorizar o morticínio? ”.³⁴

Podemos tomar por exemplo que se pode ter sim uma perspectiva de vida ativa, a Jornalista Ana Carolina Cáceres, que foi diagnosticada com microcefalia após o nascimento. Hoje, Ana está com 24 (vinte e quatro) anos de idade, é formada em jornalismo, tem seu próprio blog, pensa em fazer cursos e se especializar em cinco línguas diferentes, escreveu um livro, “Selfie: em meu autorretrato, a microcefalia é diferença e motivação” no qual conta sua rotina e cotidiano.

Em entrevista à BBC ela desabafa e conta:

Quando li a reportagem sobre a ação que pede a liberação do aborto em caso de microcefalia no Supremo Tribunal Federal (STF), levei para o lado pessoal. Me senti ofendida. Me senti atacada.

³⁴RODAS, Sérgio Rodas. Decisão do STF sobre aborto de anencéfalo não se aplica a feto com microcefalia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/decisao-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

No dia em que nasci, o médico falou que eu não teria nenhuma chance de sobreviver. Tenho microcefalia, meu crânio é menor que a média. O doutor falou: 'ela não vai andar, não vai falar e, com o tempo, entrará em um estado vegetativo até morrer'. Ele, como muita gente hoje, estava errado.³⁵

Ana ainda afirma que:

Com a explosão de casos no Brasil, a necessidade de informação é ainda mais importante e tem muita gente precisando superar preconceitos e se informar mais. O ministro da Saúde, por exemplo. Ele disse que o Brasil terá uma 'geração de sequelados' por causa da microcefalia.

Se estivesse na frente dele, eu diria: 'Meu filho, mais sequelada que a sua frase não dá para ser, não'.

Porque a microcefalia é uma caixinha de surpresas. Pode haver problemas mais sérios, ou não. Acho que quem opta pelo aborto não dá nem chance de a criança vingar e sobreviver, como aconteceu comigo e com tanta gente que trabalha, estuda, faz coisas normais, e tem microcefalia.

As mães dessas pessoas não optaram pelo aborto. É por isso que nós existimos.³⁶

Não se pode permitir tamanha barbárie, aceitar o aborto de fetos com microcefalia seria dar mais um passo para outros tipos de aborto, é ir contra os direitos fundamentais desta criança, ferir seus princípios e dignidade como ser. O aborto no caso da microcefalia não passa de um modo grotesco de desigualdade e preconceito vindo da sociedade. Não se pode ter o aborto como solução no caso dessa síndrome, o que se precisa é informação, e uma saúde mais digna que ampare a sociedade e suas necessidades.

4.2. POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO ABORTO NO CASO DA MICROCEFALIA.

Mesmo com tantas informações, possibilidades e avanços tecnológicos a respeito dessa síndrome da Microcefalia, algumas pessoas ainda assim preferem optar pelo aborto.

A exemplo disso, tem-se o Juiz de Direito goiano Jesseir Coelho de Alcântara. Jesseir autorizou uma série de abortos legais em casos de anencefalia e outras doenças raras, disse que a interrupção da gravidez em casos de microcefalia com previsão médica de morte do bebê é "válida" e precisa ser avaliada "caso a caso". Afirma que: "Se houver pedido por alguma gestante nesse caso de gravidez com

³⁵ SENRA, Ricardo Senra, BBC Brasil- 'Sou plena, feliz e existo porque minha mãe não optou pelo aborto', diz jornalista com microcefalia- Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_microcefalia_aborto_pontodevista_ss, acesso em 02 de novembro de 2016

³⁶ idem, anterior.

microcefalia e Zika, com comprovação médica de que esse bebê não vai nascer com vida, aí sim a gente autoriza o aborto".³⁷

Na opinião do juiz, entretanto, se o aborto é permitido por lei em casos de fetos anencéfalos, "cuja vida após o nascimento é inviável", também se justifica em "gestações em que o feto comprovadamente nascerá sem vida", devido à microcefalia.

Outro exemplo do movimento a favor do aborto dos fetos microcefálicos é o grupo de advogados, acadêmicos e ativistas que articulou a discussão sobre aborto de fetos anencéfalos no Supremo Tribunal Federal, acatada em 2012, preparou uma ação similar para pedir à Suprema Corte o direito ao aborto em gestações de bebês com microcefalia. A frente desse processo está a antropóloga Debora Diniz, do instituto de bioética Anis.

Debora afirmou em entrevista feita para a BBC Brasil que eles "são uma organização que já fizeram isso, e tiveram sucesso. A pesar de saber das dificuldades jurídicas e burocráticas que enfrentariam, estavam dispostos a enfrentar".

Debora afirma também na entrevista que:

Em 2004 não havia uma epidemia nem havia um vetor (como o mosquito *Aedes aegypti*). Agora ambos existem e isso torna a necessidade de providências mais urgente, diz. Por outro lado, na anencefalia os bebês não nascem vivos e assim escapávamos de um debate moral. Hoje, sabemos que a microcefalia típica é um mal incurável, irreversível, mas o bebê sobrevive (na maioria dos casos), afirma. Portanto trata-se do aborto propriamente dito e isso enfrenta resistência. Em entrevista exclusiva à BBC Brasil e ao programa *Newsnight*, da BBC, Diniz diz que a interrupção de gestações é só um dos pontos de uma ação maior, focada na "garantia de direitos das mulheres, principalmente na saúde".³⁸

Outro nome ao qual se tem opinião favorável ao aborto dos fetos microcefálicos é o médico pernambucano Olímpio Moraes. Ele foi excomungado duas vezes por representantes da Igreja Católica no Estado, uma delas apenas por apoiar a iniciativa disponibilizar pílulas do dia seguinte em postos de saúde no Carnaval do Recife. Na outra, por realizar o aborto em uma menina de 9 anos que ficou grávida após ser

³⁷ SENRA, Ricardo Senra, BBC Brasil em São Paulo. **Juiz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte.** Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rs. Acesso em: 06/11/2016.

³⁸ SENRA, Ricardo Senra, BBC Brasil em São Paulo. **Grupo prepara ação no STF por aborto em casos de microcefalia.** Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160126_zika_stf_pai_rs. Acesso em: 06/11/2016.

estuprada pelo padrasto. Olímpio diz ter mudado de opinião sobre aborto após acompanhar sofrimento de mulheres em maternidades.

Moraes se posiciona da seguinte forma em entrevista à BBC Brasil: "Já fazemos o diagnóstico precoce da zika, mas não sabemos qual o percentual de grávidas com zika que terá microcefalia, nem qual a gravidade. Mas é lógico que (o aborto) é um direito da mulher".³⁹

Ainda sobre o favorecimento ao aborto dos fetos microcefálicos, Moraes firma ainda que:

No caso da microcefalia (o aborto) é mais complicado – não que eu seja contra, porque ela é diagnosticada tardiamente. É diferente da anencefalia, que podemos diagnosticar com 12 semanas de gestação. Tecnicamente, quanto mais precoce o procedimento, mais simples ele é e menos traumático para a mulher.⁴⁰

Para eles, Antes de tudo, a gestante não pode ser compelida à sua realização, mas a sua vontade livre e consciente deve ser o pressuposto para o início de qualquer análise da realização da interrupção da gravidez, que alguns autores chamam de antecipação terapêutica do parto, para afastar o estigma atribuído ao termo aborto. A qualquer modo eles acreditam que a vontade e autonomia da mulher deve prevalecer, mesmo que cesse a vida do feto.

4.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE ABORTO NO CASO DE MICROCEFALIA

No primeiro capítulo, foram abordados conceitos dos fatos típico, antijurídico e culpável, lembremos que o fato *típico* é o comportamento humano seja positivo ou negativo (nesse caso, um fato negativo a vida do feto), que provoca um resultado e é previsto em lei penal como infração (fere os princípios constitucionais da criança, os direitos a vida daquele feto), a *antijuricidade* é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico, a conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita, e a *culpabilidade* é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico; reprovabilidade que vem recair sobre o agente, porque a ele cumpria

³⁹ COSTA, Camila Costa, BBC Brasil a Recife (PE). 'Aborto por microcefalia é complicado, mas é direito da mulher', diz médico excomungado por aborto legal. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_entrevista_olimpio_moraes_cc. Acesso em 06/11/2016.

⁴⁰ Idem, item anterior.

conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico (no caso do respeito e direito a vida do feto), pois tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez (optou por cessar uma vida viável), revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária àquela obrigação.

Se um feto é portador de síndrome de down, se falta um dedo na mão ou no pé, se ele nascer com um membro faltando, ou qualquer outra anomalia que não comprometa sua vida, não é motivo para autorização de um aborto. Não é admissível autorizações de aborto nesses viés. Esse deferimento deve ser especificamente para aquelas situações em que não haverá condição de vida alguma, mas sim apenas circunstâncias extremadas de não haver perspectiva de vida, o que não se aplica a microcefalia, pois são raros os casos em que o feto será considerado um natimorto.

Tratar o aborto do feto microcefálico como uma solução, nada mais é do que um modo grotesco e bruto de preconceito contra a vida e condições físicas, e psicológicas daquela criança que ali está sendo gerada. Em análise a todo conteúdo exposto ao longo deste trabalho, é notável que não se possa levantar a hipótese do aborto em caso de gravidez de um feto com microcefalia, ao menos que seja comprovada que o feto não viverá após o parto.

André de Souza jornalista do jornal online O globo, fez um artigo ao qual fala do posicionamento do Senado com relação ao aborto dos fetos microcefálicos:

Em documento entregue ao Supremo Tribunal Federal (STF), o Senado se posicionou contra a liberação do aborto para mulheres grávidas infectadas com o vírus zika. Segundo os advogados do Senado, permitir a interrupção da gestação nesses casos abre as portas para a eugenia, ou seja, *uma seleção dos melhores indivíduos e o descarte dos que possuem características não desejadas*. O documento também destaca que a legislação brasileira protege o direito à vida desde a concepção.

(...)A fixação desse marco – o da inviabilidade – resulta, assim, incompatível com o pedido formulado na presente ação, visto que os fetos com microcefalia são geralmente viáveis, embora possuam uma malformação que lhes causará transtornos em sua vida, diz trecho do documento, assinado pelo advogado-geral do Senado, Alberto Cascais, pelo advogado-geral Adjunto, Rômulo Gobbi do Amaral, pelo coordenador do Núcleo de Processos Judiciais do Senador, Thomaz Gomma de Azevedo, e pelos advogados do Senado Hugo Souto Kalil, Edvaldo Fernandes da Silva, Fernando Cesar de Souza Cunha.

Em seu parecer, o Senado destaca que liberar o aborto nesses casos é caminho para a eugenia e seria, portanto, uma "involução civilizatória". "Em verdade, a autorização de aborto em função de malformação do embrião ou do feto, ainda que por razões declaradamente benevolentes, acaba por abrir portas para o aborto eugênico e para o controle preventivo de doenças por meio do aborto – problemas que já surgem em países com legislação mais

liberal em relação ao aborto. Constitui-se a medida, portanto, em uma involução civilizatória", diz trecho do documento.⁴¹

Sabemos que atualmente, só é possível interromper a gravidez quando for caso de estupro, quando traz risco de saúde à mãe ou no caso de anencefalia que nesse caso, não há viabilidade do feto, ou seja, ele já nasce morto ou sobrevive por pouco tempo após deixar a barriga da mãe. Na microcefalia, embora seja comum o desenvolvimento de deficiências mentais, não há necessariamente a morte da criança. O simples motivo da criança ser portadora da síndrome da microcefalia não faz dela um produto de descarte, afinal nossa Constituição da República zela pela vida humana e seu bem estar, dependente de sua situação física, racial, religiosa e demais fatores que nos diferem.

Aborto dos fetos com microcefalia não é solução, um método de solucionar tal síndrome é garantir as gestantes, um bom acompanhamento de pré-natal, um apoio psicológico pós parto, bem como um acompanhamento médico ao bebe, a microcefalia não tem cura, mas existem tratamentos ao qual amenizam e ajudam no desenvolvimento dos bebes, para que cresçam e desenvolvam desde sempre, de uma forma natural, levando uma vida ativa como demais pessoas.

Fetos portadores de microcefalia tem viabilidade a vida e merecem respeito e seus direitos constitucionais.

⁴¹SOUZA, André de Souza, O Globo. **Senado se posiciona contra aborto para grávidas com zika.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/senado-se-posiciona-contrab-ortob-para-gravidas-com-zika-20078134>. Acesso em 07/11/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A microcefalia não é um agravo novo. Trata-se de uma malformação congênita, em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Neste caso, os bebês nascem com perímetro cefálico (PC) menor que o normal, que habitualmente é superior a 32 cm. Essa malformação congênita pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e agentes biológicos (infecciosos), como bactérias, vírus e radiação.

Recentemente após um surto de microcefalia causado pela contaminação da picada do mosquito o vírus Zika, transmitido pelo mesmo vetor da dengue, o *Aedes aegypti*, que vieram as indagações e propostas por vários grupos sobre o direito de escolha da gestante em optar pelo aborto do seu feto portador da microcefalia.

Atualmente o CP Brasileiro permite o aborto em três hipóteses, se for para salvar a vida da gestante, em caso de estupro e a mais recente decisão acatada pelo STF, em caso comprovado de anencefalia (ao qual não se tem perspectiva de vida, sendo chamado de antecipação terapêutica do parto).

Diante do exposto é possível e perceptível se tomar como conclusão que, o aborto do feto portador de microcefalia é um fato típico, antijurídico e culpável, sendo impossível, sentenciar a procedência do pedido de descriminalizar tal ato, por haver vida viável do feto em questão, mesmo que a criança possa ter limitações, com os cuidados necessários à sua saúde, sua vida pode se tornar normal como de demais crianças, em maioria dos casos. O CP não isenta de crime o ato praticado no aborto dos fetos com microcefalia.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Marco. Trecho do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>.

BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria atenção à saúde- 2016. Disponível em <http://www.saude.gov.br/public/media/ZgUINSpZiwmb3/64622069021204406934.pdf>, acesso em 06 de novembro de 2016.

CARVALHO, Volgane Oliveira. A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

DECRETO-LEI Nº 9434 de 4 de fevereiro de 1997. LEI DE DOAÇÃO DE ORGÃOS.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal- Rogério Greco, - 15. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte especial, vol. II, 12ª edição. 2015.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v.2 - Editora: Bookseller – 1997.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol.1 – Cleber Masson – 9ª ED. Ver., atual. Eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MELLO, Celso. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N Manual de direito penal – Volume 1: Parte Geral, arts.1º ao 120 do CP- 31ª ed. rev. e atual. até 5 de Janeiro de 2015 – São Paulo: Atlas 2015.

SENRA, Ricardo Senra, BBC Brasil em São Paulo. Grupo prepara ação no STF por aborto em casos de microcefalia. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160126_zika_stf_pai_rs. Acesso em: 06/11/2016.

SENRA, Ricardo Senra, BBC Brasil em São Paulo. Juiz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rs. Acesso em: 06/11/2016.

TERRUEL, Suelen Chirieleison Terruel. Entenda o que é anencefalia. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em 27/09/16 às 08:57

SUTTER, Rafael. A inviolabilidade do direito à vida/ Rafael Sutter. São Paulo, SP: Ideias & Letras, 2013.