

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

SILVIA NAYARA DE ALMEIDA DIAS

**A IMPOSSIBILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS
CASOS DE MICROCEFALIA.**

CARATINGA
2017

SILVIA NAYARA DE ALMEIDA DIAS

**A IMPOSSIBILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS
CASOS DE MICROCEFALIA.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Prof. Almir Lugon

CARATINGA
FACULDADES DOCTUM
2017



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A IMPOSSIBILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA, elaborado pela aluna SILVIA NAYARA DE ALMEIDA DIAS foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga, ____ de _____ 2017

Professor Orientador

Professor Examinador 1

Professor Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, por me amar, sustentar e me permitir chegar até aqui.

Agradeço à minha mãe Dirce Maria Dias, pela vida, pelo carinho, pela educação e por tudo que fez por mim, agradeço a minha irmã Natália, pois sempre esteve ao meu lado torcendo por mim, e por ter me dado minha sobrinha Maria Eduarda que tanto amo, e à toda minha família, em especial ao meu tio José Domingos por me dedicar anos de trabalho nesta Instituição, vocês fazem parte desta conquista.

Aos meus amigos de faculdade, principalmente a Lorena, Thais, Sidney, Josiane e Marcone que tive a honra de conhecer e dividir momentos inesquecíveis e a todos os demais amigos e colegas, que torceram por mim. Sem vocês não seria tão perfeito.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pela vida, por ser meu guia, presente em todos os meus piores e melhores momentos, ao meu pai Silvio Rodrigues de Almeida e minha avó Sebastiana que de onde estiverem estão comemorando comigo, minha mãe Dirce Maria Dias, a minha irmã Natalia Dias de Almeida e a minha sobrinha Maria Eduarda.

“Até aqui o Senhor me sustentou”

(1 Samuel 7:12)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, com o objetivo de ser reconhecido o direito de antecipação do parto nos casos de gestantes de fetos anencefálicos. O Ministro relator da ADPF foi Marco Aurélio de Melo. O julgamento foi realizado em abril de 2012 e a proposta foi aprovada por oito votos a favor e dois contra. O pedido da CNTS tem o objetivo de que a “interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado”. A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem previsão no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988¹, que diz o seguinte: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Segundo o professor Gabriel Marques² “a ADPF pode ser compreendida, na sua modalidade mais conhecida, como uma ação do controle concentrado, destinada a combater o desrespeito aos conteúdos mais importantes da Constituição, praticados por atos normativos ou não normativos, quando não houver outro meio eficaz”. O objetivo deste trabalho é, por meio de análises, pesquisas e jurisprudências, desmistificar a possibilidade de tal ADPF ser utilizada, por analogia, para gestantes de fetos com microcefalia, protegendo o direito a vida da criança e levando em consideração a diferença entre as patologias.

Palavras-chave: aborto; microcefalia; anencefalia; descriminalização.

¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. Saraiva. São Paulo, 2017.

²Professor de Direito Constitucional da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito do Estado - USP. Coordenador dos Grupos de Pesquisa "Controle de Constitucionalidade" e "A Construção Constitucional do Conceito de Família" (UFBA/CNPQ). Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em: 13/11/2017.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the allegation of non-compliance with fundamental precept No. 54 proposed by the National Confederation of Health Workers (CNTS), a third-level trade union entity of the confederation system, with the purpose of recognizing the right of early delivery in the cases of pregnant women with anencephalic fetuses. The Minister rapporteur of ADPF was Marco Aurélio de Melo. The trial was held in April 2012 and the proposal was approved by eight votes in favor and two against. The request of the CNTS has the objective that the "interpretation according to the Constitution of the legal discipline given to abortion by infraconstitutional penal legislation, to explain that it does not apply to cases of therapeutic anticipation of delivery in the case of fetuses with anencephaly, duly certified "The allegation of breach of fundamental precept is provided in Article 102, paragraph 1 of the Federal Constitution of 1988, which reads as follows: " The allegation of non-compliance with a fundamental precept arising from this Constitution will be assessed by the Supreme Court Federal, in the form of the law". According to Professor Gabriel Marques "the ADPF can be understood, in its most well-known modality, as an action of concentrated control, designed to combat disrespect to the most important contents of the Constitution, practiced by normative or non-normative acts, when there is no other means effective". The objective of this work is, through analysis, research and jurisprudence, to demystify the possibility of such ADPF being used, by analogy, for pregnant women with microcephaly, protecting the child's right to life and taking into account the difference among pathologies.

Keywords: Abortion. Microcephaly. Anencephaly. Decriminalization.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	9
2 – DESENVOLVIMENTO	10
CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	10
1.1 - DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.2 - DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA	13
1.3 - DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	14
1.4 - DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:	15
CAPÍTULO II - DO CRIME DE ABORTO	17
2.1 – DAS ESPÉCIES DE ABORTO	17
2.1.1 – Auto-aborto ou aborto consentido	17
2.1.2 – Aborto provocado por terceiro	17
2.1.3 – Aborto qualificado pelo resultado	18
2.1.4 – Aborto necessário.....	20
2.1.5 – Aborto sentimental.....	21
2.1.7 – Aborto econômico.....	23
2.2 – ANENCEFALIA	24
2.3 – MICROCEFALIA	25
CAPÍTULO III – DA IMPOSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA	26
3.1 - ANÁLISE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54	27
3.2 – DAS POSIÇÕES FAVORÁVEIS A AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE MICROCEFALIA	31
3.3 – DAS POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS À AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE MICROCEFALIA	36
4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

1 - INTRODUÇÃO

A microcefalia trata-se de uma malformação congênita, em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada, pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e agentes biológicos (infecciosos), como bactérias, vírus e radiação.

A criança com microcefalia pode precisar de cuidados por toda a vida, porém, diferentemente dos casos de anencefalia, em que não há chance de sobrevivência para o feto, na microcefalia há.

Para fundamentar a tese de que há chance de vida nos fetos com microcefalia e que por isso a ADPF 54 não pode ser usada como base para a autorização da antecipação terapêutica do parto nesses casos, me utilizo do Habeas Corpus nº 0047757-63.2015.8.19.0000, julgado pela Quinta Câmara Criminal do Rio de Janeiro, onde os Desembargadores votaram pela denegação da ordem a impetrante sobre a interrupção da gravidez: Habeas corpus. Impetração objetivando a concessão da ordem para se determinar interrupção de gravidez. Ausência de indicação expressa no laudo médico de impossibilidade de vida extrauterina e/ou a existência de risco de morte para a gestante. Denegação da ordem. (TJ-RJ, 2016).

Segundo consta da inicial de tal documento “a paciente é gestante de um feto portador de hidrocefalia, **microcefalia**, hipoplasia, mefacisterna magna e calcificações periventriculares, alterações sugestivas de infecção por citomegalovírus, contendo a seguinte advertência: “risco elevado de mortalidade, e que o risco do óbito intra-útero ou no período neonatal está aumentando por conta das complicações”. (TJ-RJ, 2016).

O pedido foi indeferido sob o argumento de que “havendo possibilidade de vida extra-uterina, ainda que de forma vegetativa, pressupõe fator impeditivo do deferimento do pedido, uma vez que a autorização para a interrupção da gravidez, nesses casos, pode afetar direitos que o feto adquirirá ao nascer com vida”. (TJ-RJ, 2016).

O Julgador ainda “vetou qualquer analogia ao famoso julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, bem como asseverou que o presente caso não abarca qualquer das hipóteses excludentes previstas no artigo 128 do Código Penal”. (TJ-RJ, 2016).

Negar o direito a vida de um feto com microcefalia, afigura-se discriminação em função de uma deficiência. Discriminação contra o feto e com a pessoal que ele se pode se tornar.

Em análise a esse Habeas Corpus, foi esclarecido que, no entendimento dos julgadores, não há a impossibilidade de vida nas patologias já citadas, entre elas a microcefalia, e nem ao menos risco para a gestante, portanto não há que se falar em autorização da interrupção do aborto nesses casos, e sim em proteção a vida do feto pelo Direito.

Ainda de acordo com a fundamentação dada pelo julgador de tal HC, conclui-se que diante do Parecer apresentado pela Comissão Ética Médica na inicial “com base em opinião estritamente científica, que o feto é portador de graves malformações, sem indicar, contudo, a impossibilidade de vida extra-uterina e/ou a existência de risco para a gestante”. (TJ-RJ, 2016).

Por fim, embasado na argumentação do Desembargador relator Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, podemos usar do raciocínio de que na hipótese deste HC não cabe a autorização da interrupção em tais casos baseado na ADPF 54, pois nela “exclui-se a hipótese de crime de aborto quando se tratar de feto anencéfalo, considerando-se que o feto não tem viabilidade fora do útero”. (TJ-RJ, 2016).

2 – DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Neste primeiro capítulo serão estudados os princípios constitucionais que norteiam o tema, essenciais para a compreensão deste trabalho monográfico.

1.1 - DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

Trata-se de um princípio constitucional que é o pilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro e tem como idéia básica a proteção do valor pessoal de todos os seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como idéia básica a proteção do valor pessoal de todos os seres humanos.

Conforme a população mundial evolui a complexidade das relações interpessoais cresce e com isto, novos direitos são reconhecidos e criados. Dentre os direitos essenciais está o da dignidade da pessoa humana, um valor fundamental e constitucional que norteia todas as atividades realizadas em nosso meio.

A dignidade é um atributo do ser humano, que se tornar merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça ou cor. Tal princípio tem previsão legal no artigo 1^a, III da Constituição Federal, e incide a todo ser humano, desde a concepção do útero materno, bastando para se materializar, o nascimento com vida.

Leciona o professor Luiz Regis Prado³ o que “referente a tal princípio é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana pode assumir contornos de verdadeira categoria lógico-objetivo ou lógico-concreta, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como ser integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo.

Ressoa, portanto, cristalino notar que se trata de um princípio extremamente amplo e que abrange todo e qualquer tipo de violação. No tema, ora em questão, tem-se que a possibilidade de se permitir o aborto de fetos portadores de microcefalia, feriria a dignidade da pessoa humana em relação ao feto.

Nesse sentido, haveria a interrupção de sua vida, furtando-lhe o direito de existência, tanto no plano intra, quanto no plano extra-uterino. O que fere diretamente sua dignidade e seu direito de viver levando em conta que para o direito, há vida a partir da atividade cerebral e na microcefalia o cérebro realiza suas funções, ainda que de forma reduzida.

O Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar um recurso de Apelação na Segunda Câmara Criminal, deixou claro que a não possibilidade do aborto na anencefalia fere, entre outros, a dignidade da mulher, mas não se fala em relação à microcefalia que é um tipo de doença diferente da anencefalia.

APELAÇÃO. PEDIDO DE INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO (ABORTO). FETO PORTADOR DE ARTOGRIPOSE. - A espécie não trata do denominado aborto necessário, o qual é praticado para salvar a vida da

³ PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial, 14^a Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

gestante. Se este fosse o caso, desnecessária seria qualquer autorização judicial. Com efeito, em caso de aborto necessário (art. 128, inc. I - "se não há outro meio de salvar a vida da gestante"), conforme leciona Edgard de Magalhães Noronha, "É ao médico que cabe a enorme responsabilidade de dizer se deve ou não sacrificar a spes personae. A ele incumbe pronunciar-se acerca da necessidade e do momento da intervenção." Neste caso (aborto necessário), com bem explanou o Professor Dílio Procópio Drummond de Alvarenga, "O pedido deduzido em juízo é desnecessário". - Em relação ao aborto eugênico - interrupção da gestação fundada na circunstância de que o futuro ser vai trazer consigo doenças ou anomalias graves - temos lição dos Professores Antônio José Eça, Delton Croce e Delton Croce Júnior. - Néelson Hungria afirma: "O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico ...". Em igual sentido, Edgard de Magalhães Noronha: "Não é o aborto eugenésico admitido por nossa lei."; e, Cezar Roberto Bitencourt: "... o Código Penal, lamentavelmente, não legitima a realização do chamado aborto eugenésico, mesmo que seja provável que a criança nascerá com deformidade ou enfermidade incurável.". Quanto ao ponto temos, ainda, precedente do Superior Tribunal de Justiça: HC 32.159/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ. - Por outro lado, é verdade que o Pretório Excelso, em recente decisão, por maioria, deixou assentado: "ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal." (ADPF 54, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013) - Filiamonos, contudo, as lições anteriormente colacionadas. É que mesmo com os olhos voltados para a Constituição Federal e tendo em conta os princípios enunciados - "O Brasil é uma república laica"; LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO -, pensamos que a nossa Carta Magna garante, como bem maior, o DIREITO A VIDA. - Com efeito, o art. 5º, caput, da Constituição Federal, ao enumerar os principais direitos individuais e coletivos, garante, em primeiro lugar, a todos, "...aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida ..." (sublinhamos) . Não poderia ser diferente, pois, há muito, Sahid Maluf - discorrendo sobre os direitos fundamentais do homem, mais precisamente "direitos naturais da pessoa humana" - lembrou: "É de evidência axiomática - frisa Nogueira Itagiba - que excluído o direito à vida, não necessitaria falar em direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade." - Não podemos olvidar, ainda, que, quando do julgamento da ADPF 54, o Ministro Celso de Mello, embora formando a maioria, consignou: "Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. Reconheço, por isso mesmo, para além da adesão a quaisquer artigos de fé, que o direito à vida reveste-se, em sua significação mais profunda, de um sentido de inegável fundamentalidade, não importando os modelos políticos, sociais ou jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, pois - qualquer que seja o contexto histórico em que nos situemos -"o valor incomparável da pessoa humana"representará, sempre, o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais."O Ministro Cezar Peluso, que formou a minoria, também proclamou:"(...) a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos." - Não podemos esquecer, por todos, a lição da pena brilhante do mestre Hungria, que já havia assentado: "Como diz Impallomeni, todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida." - Além disso - mesmo

com entendimento diverso do que restou, por maioria, assentado na ADPF 54 - é importante consignar que o lá decidido não tem aplicação ao caso em exame, pois a espécie não trata de anencefalia. Lembramos, neste passo, a advertência contida no voto da Ministra Cármen Lúcia, quando do julgamento da ADPF 54: "A presente arguição não contempla, como erroneamente poderia alguém supor, proposta de descriminalização do aborto. Circunscreve-se à possibilidade legal de optarem as gestantes pela interrupção de gravidez de feto anencéfalo, assim diagnosticado por médico habilitado, sem incorrer em crime ou ter de se submeter a penalidades juridicamente impostas." (sublinhamos) - Resulta, daí, que por tal fundamento a pretensão não merece acolhida. - Resta, por fim, verificar se o caso trata de pedido de aborto cujo fim é salvar a gestante de enfermidade grave (de perigo próximo a vida da gestante), ou seja, outra das modalidades do denominado aborto terapêutico, como informa o Professor Antônio José Eça: "Existem duas modalidades distintas de aborto terapêutico: - o aborto chamado necessário, que se pratica para salvar a vida da gestante; - o aborto cujo fim é salvá-la de enfermidade grave." Quanto ao ponto - ou seja existência de perigo próximo à vida da gestante - temos como importante lembrar passagem do voto do Ministro Cezar Peluso (ADPF 54). Em relação ao aborto profilático (preventivo), temos, ainda, a lição do mestre Hungria que o definia como modalidade de aborto necessário. - A questão, quase sempre envolvendo peculiaridades, não se mostra de fácil solução. - Esta Câmara já enfrentou a matéria em diversas ocasiões, sendo que em um dos últimos julgados (Apelação Crime 70048009773, de 12 de abril de 2012), embora a decisão tenha sido unânime, o deferimento do pedido se assentou em fundamentos diversos. Na Apelação Crime Nº 70048297840, mais recente (j. em 10/05/2012), também se tratou de aborto terapêutico, conforme se verifica na seguinte passagem da ementa: "Quanto do julgamento da apelação anteriormente mencionada, após desacolher o pedido fundado no denominado "aborto eugenésico"- isto é, tão somente pela mal-formação do feto - , restou abordo matéria relativa "aborto terapêutico"(fundamentação reproduzida) - No caso sub judice, então, devemos considerar o consignado no documento juntado a fls. 30, que atesta que o procedimento é necessário e deve se realizar"... COM BREVIDADE SOB PENA DE RISCO DE MORTE DA PRÓPRIA MÃE". - No caso sub judice, contudo, não restou demonstrado, com a certeza necessária - como nos precedentes anteriormente citados -- que se faz necessária a interrupção da gravidez para salvar a gestante de uma enfermidade grave, ou seja, a existência de um perigo considerável a saúde, que acarrete perigo próximo à vida da gestante. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Crime Nº 70056632276, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 24/10/2013. (TJ-RS/2013).

1.2 - DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA:

Embora não haja entre direitos nenhuma hierarquia, o direito à vida perfaz-se demasiadamente importante, principalmente no que tange ao presente estudo.

O direito a vida é o direito fundamental mais importante no direito brasileiro, elencado de forma genérica no artigo 5º da Constituição Federal. Para o direito,

segundo o Código Civil Brasileiro de 2002, “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida”.⁴

Segundo Pedro Lenza (2012), em análise crítica ao julgamento da ADI 3.510, “para a lei, o fim da vida estaria previsto com a morte cerebral e, novamente, sem cérebro, não haveria vida, e portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro”.

Nos casos de microcefalia os bebês são potencialmente capazes de desenvolver uma malformação no cérebro, o que dificulta seu desenvolvimento e o desenvolvimento familiar

Logo, no caso de microcefalia existe certa atividade cerebral, por conseguinte, há vida, fato que impede a realização do aborto.

A intenção do legislador ao conferir proteção à vida, não era conceder somente àqueles que já estão no plano exterior, mas também se estende à vida intrauterina. Insta consignar que o Novel Código Civil salienta que a Lei põe a salvo os direitos do nascituro.

Prado (2015) expressa que “é de notar que o embrião e o feto não são considerados pessoa, tão pouco são titulares de direitos, mas não são coisa, ou algo intermédio, mas deve ser-lhes reconhecido uma condição própria e independente”.

Continua o autor, asseverando, que o direito à vida, constitucionalmente assegurado, é inviolável, e todos, sem extinção, são seus titulares. Logo, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina). (PRADO, 2015).

1.3 - DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE:

A culpabilidade é um dos elementos que compõe o conceito analítico de crime, pois tem-se que o crime é um ato ilícito, antijurídico e culpável.

De acordo com a concepção finalista, são elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, e exigibilidade de conduta diversa.

⁴ Código Civil Brasileiro, 2002. VadeMecum. Saraiva, 2017.

O professor Greco⁵ ensina que para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente.

No tocante à potencial consciência sobre a ilicitude do fato, assevera que, nas palavras de João Mestieri, a *Vox* possibilidade de entender o caráter ilícito (criminoso) do fato é genuinamente normativa, pois não se trata do conhecimento da ilicitude (operação de natureza psicológica), mas da mera possibilidade concreta desse conhecimento.

É cediço que o homem ao qual a lei compara, trata-se do homem médio, o ordenamento jurídico não exigirá dele, aquilo que não for possível realizar, ou abster-se, comparando com o extraordinário.

Nesse sentido, continua, o renomado autor explicitando que a possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceder um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura da reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

Prado⁶ conceitua o princípio de culpabilidade, seguindo o entendimento de Jescheck, H. H., significa que a pena criminal só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor. Assim, só pode ser punido aquele que atua culpavelmente e a pena não pode ir além da medida da culpabilidade. De relação direta com a legalidade penal, esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano.

1.4 - DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

⁵GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, Niteroi-RJ, Editora Impetus.

⁶ PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial, 14ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O princípio da proporcionalidade no Direito brasileiro, “busca harmonizar interesses em conflito, adequando-os de maneira que ambos possam conviver sem que nenhum seja completamente esvaziado.” (CORREA, 2017).

Levando em conta esse princípio estamos diante de um conflito entre o direito a liberdade da mulher de dispor e responder sobre o próprio corpo e o direito a vida do feto em desenvolvimento, que segundo Pedro Lenza (2012) “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.” Diante de tal conflito, o princípio da proporcionalidade aparece para avaliar o direito que se encontra mais ameaçado no momento do conflito e optar pela garantia deste.

É certo que quando há conflitos entre normas existem mecanismos de solução tais como, pelo critério hierárquico, especial e temporal. Cabe salientar que quando tais critérios são capazes de solucionar o conflito, tem-se uma antinomia aparente.

Ocorre, porém, que em algumas situações tais critérios não serão eficazes. O voto que será estudado, na ADPF 54, trouxe uma realidade complexa, oportunidade em que é possível claramente visualizar o choque de diversos direitos fundamentais e princípios. Neste caso específico, os critérios não são capazes de solucionar tal conflito.

O professor Rogério Greco, assinala que “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado, ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”. (GRECO, 2017). Continua, asseverando que “toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção”. (GRECO, 2017). O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global.

CAPÍTULO II - DO CRIME DE ABORTO

O aborto é uma modalidade de crime contra a vida elencado nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro. Pode ocorrer entre a concepção do feto e o início do parto.

Segundo Mirabete, o aborto “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção” (MIRABETE & FABRINI, 2008). No direito brasileiro há várias formas de aborto: o provocado pela gestante ou com seu consentimento; aborto provocado por terceiro; necessário; e nos casos de gravidez resultante de estupro. Estes elencados no Código Penal. Há ainda, o aborto eugenésico que possui grande aceitação doutrinária, porém ainda não foi recepcionado pela legislação.

2.1 – DAS ESPÉCIES DE ABORTO

2.1.1 – Auto-aborto ou aborto consentido

Tal crime é previsto pelo artigo 124 do CP, quando traz “provocar aborto em si mesma”. Segundo Rógerio Greco⁷ “o auto-aborto é delito especial próprio, isto é, o sujeito ativo é tão somente a mulher grávida”. Ainda nas palavras de Greco, “a segunda parte do citado dispositivo disciplina o aborto consentido, que ocorre quando a gestante consente que outrem provoque o aborto em si própria”. (GRECO, 2017). Nesta última hipótese, a gestante não pratica o aborto em si mesma, mas consente que o agente o faça.

O agente que provoca o aborto consentido pela gestante está sujeito a pena prevista no artigo 126, que é de 1 a 4 anos de reclusão.

No auto-aborto não existe um co-autor, porém se alguém induzir, instigar ou auxiliar a gestante no cometimento de tal crime, ou ainda, fazendo com que ela consinta que uma terceira pessoa realize o fato, este será penalizado de acordo com o artigo 124.

2.1.2 – Aborto provocado por terceiro

⁷GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Niteroi-RJ, Editora Impetus, 2017.

Tal espécie de aborto é elencada nos artigos 125 e 126 do Código Penal, e incorre nas penas desse artigo aquele que pratique o crime de aborto com consentimento ou não da vítima.

Rogério Greco cita que “em se tratando de aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125, CP), o agente emprega força física, a ameaça ou a fraude para realização das manobras abortivas.” (GRECO, 2017). E completa dizendo que: “destarte, o aborto reputa-se praticado sem o consentimento, quer quando a gestante tenha se mostrado – por palavras ou atos – contrária ao aborto, quer quando desconhecia a própria gravidez ou o processo abortivo em curso”. (GRECO, 2017).

Já o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, previsto no artigo 126, do Código Penal, é um tipo penal autoexplicativo, ou seja, é punido um terceiro que pratique o aborto autorizado pela gestante. Tal autorização pode ser expressa ou tácita.

Para tal crime a pena aplicada é de 1 a 4 anos de reclusão. Porém, tal sanção pode ser agravada se o agente provocar o aborto que se encaixe no parágrafo único do CP, qual seja: “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.”⁸

Segundo Rogério Greco

“é indispensável, para a caracterização do crime inscrito no artigo 126 (aborto consensual), o consentimento da gestante do início ao fim da conduta. Logo, se a gestante revoga o consentimento dado durante a execução de aborto e o terceiro continua a realizar as manobras iniciadas, responde este pelo delito do artigo 125 do Código Penal (aborto provocado sem o consentimento da gestante). O erro do agente, que, justificadamente, supõe presente o consentimento, quando na verdade este não existe, é erro de tipo. De conseguinte, não responde o terceiro pelo delito do artigo 125, mas sim pelo delito do artigo 126 do Código Penal.” (GRECO, 2017).

2.1.3 – Aborto qualificado pelo resultado

O artigo 127 do Código Penal qualifica o aborto, aumentando as penas do artigos 125 e 126 em um terço, se em razão da atividade criminosa ou dos meios empregados para realizá-la, a gestante sofra qualquer tipo de lesão corporal grave e ainda, duplica a pena, caso ela venha a morte.

⁸ Código Penal Brasileiro, 1940. VadeMecum. Saraiva, 2017.

Segundo Greco,

“o resultado mais grave (lesão corporal grave ou morte) é imputado ao agente a título de culpa (art. 19, CP). Se abarcados pelo dolo (direto ou eventual), há concurso formal de delitos – aborto e lesão corporal grave ou homicídio consumado.” (GRECO, 2017).

Para exemplificar esse tipo de aborto tem-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:⁹

APELAÇÃO CRIMINAL. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE, QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. ARTIGOS 126 E 127 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DA GRAVIDEZ. PROVA DE QUE O MEDICAMENTO CYTOTEC TENHA CAUSADO O ABORTAMENTO NA FALECIDA E PROVA DO NEXO CAUSAL ENTRE O ABORTO E A MORTE DA VÍTIMA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CONFORTA A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME. APLICAÇÃO DA PENA. AVALIAÇÃO EQUIVOCADA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, DA PERSONALIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. DELITO PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008. EXCLUSÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A DECISÃO ENTENDIDA COMO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS É AQUELA EM QUE O CONSELHO DE SENTENÇA DESPREZA COMPLETAMENTE O CONJUNTO PROBATÓRIO, CONDUZINDO A UM RESULTADO DISSOCIADO DA REALIDADE APRESENTADA NOS AUTOS. IN CASU, OS JURADOS APOIARAM-SE NAS PROVAS TESTEMUNHAIS E DOCUMENTAIS PARA CONCLUIR QUE A VÍTIMA ESTAVA GRÁVIDA E COM RECEIO DE PERDER O EMPREGO, RAZÃO PELA QUAL FEZ O ABORTO. ADEMAIS, OS JURADOS FORAM DEVIDAMENTE ESCLARECIDOS SOBRE OS EFEITOS ABORTIVOS DO MEDICAMENTO CYTOTEC, HAVENDO PROVAS SUFICIENTES DE QUE TAL MEDICAMENTO FOI MINISTRADO PELO APELANTE. QUANTO AO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA PRATICADA PELO APELANTE (ABORTO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE) E O RESULTADO MORTE DA VÍTIMA, OS PRONTUÁRIOS MÉDICOS ACOSTADOS AOS AUTOS CONFIRMAM QUE A VÍTIMA FOI INTERNADA COM O QUADRO DE ABORTO INFECTADO, FOI SUBMETIDA A CURETAGEM UTERINA, EVOLUINDO PARA CHOQUE SÉPTICO QUE A LEVOU AO ÓBITO. POR FIM, CONSTA DA CERTIDÃO DE ÓBITO DA VÍTIMA QUE A CAUSA DA MORTE FOI "FALÊNCIA MÚLTIPLA DE ÓRGÃOS, CHOQUE SÉPTICO, ABORTO COMPLICADO". 2. SE OS JURADOS APOIARAM-SE NAS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. 3. A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE NÃO PODE SER CONSIDERADA EM PREJUÍZO DO AGENTE SE SUA PREVISÃO JÁ FIZER P ARTE DO TIPO PENAL. NESSA LINHA DE RACIOCÍNIO, O DESRESPEITO À VIDA HUMANA É INERENTE AO TIPO PENAL INCRIMINADOR, PORQUANTO QUEM PRATICA O DELITO DE ABORTO O FAZ DESPREZANDO A VIDA DE OUTREM. 4. O FATO DE UMA

⁹TJ-DF - APR: 42085620088070008 DF 0004208-56.2008.807.0008, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 05/08/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 18/08/2010, DJ-e Pág. 192. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15749996/apr-apr-42085620088070008-df-0004208-5620088070008-tjdf?ref=topic_feed. Acesso em 28/10/2017.

PESSOA FICAR ÓRFÃ OU VIÚVA, COM TODO O SOFRIMENTO QUE ISSO TRAZ, É CONSEQUÊNCIA NATURAL DA MORTE DA PESSOA DA FAMÍLIA, ÍNSITO, PORTANTO, AO TIPO PENAL INCRIMINADOR DO ABORTO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. 5. A AVALIAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO RÉU DEVE SER EXCLUÍDA, EIS QUE A MAGISTRADA NÃO DECLINOUS OS MOTIVOS PELOS QUAIS ENTENDE QUE O RÉU POSSUI PERSONALIDADE "INCONSEQUENTE", NÃO SERVINDO PARA TANTO A ALEGAÇÃO DE QUE PRATICOU O CRIME EM COMENTO. 6. DEVE SER AFASTADA A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO IMPOSTA AO RÉU, PORQUE O CRIME EM APREÇO FOI PRATICADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.719/2008, QUE INTRODUZIU NO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL O INCISO IV, DE FORMA QUE, POR SE TRATAR DE LEI MAIS GRAVOSA, NÃO PODE RETROAGIR PARA ALCANÇAR FATO PRETÉRITO, POIS, EMBORA SEJA LEI PROCESSUAL, TAMBÉM TEM CONTEÚDO DE DIREITO MATERIAL. 7. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO DO APELANTE POR INCURSÃO NOS ARTIGOS 126 E 127 DO CÓDIGO PENAL, EXCLUIR A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, DA PERSONALIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, REDUZINDO A PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO PARA 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, FIXANDO O REGIME INICIAL ABERTO E EXCLUINDO A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AOS FAMILIARES DA VÍTIMA. (TJ-DF, 2010).

Para Rogério Greco,

“inexistente a gravidez, não há que se falar em aborto. Todavia, se das substâncias ministradas ou dos atos dirigidos a provocação do aborto resultam lesões corporais ou morte da mulher, são esses eventos imputados ao agente que os tenha causado ao menos culposamente (art. 19, CP)”. (GRECO, 2017).

2.1.4 – Aborto necessário

O aborto necessário vem tipificado no artigo 128 do Código Penal e é aquele praticado por médico como único meio de salvar a vida da gestante.

Durante a gravidez podem surgir várias complicações para a gestante, que podem ocasionar até mesmo sua morte. É para estes casos que o legislador brasileiro criou uma forma de defender a possibilidade de aborto e de salvar a vida da gestante. Não pode deixar de citar que tal situação traz alguns conflitos entre princípios constitucionais inerentes a vida, tanto da gestante quanto do feto, porém neste caso a interpretação é que se deve sobrepor o direito a vida da gestante, levando em conta que a possibilidade de o feto sobreviver é menor que a da mãe.

Segundo Greco,

“o aborto necessário (ou terapêutico) consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não há outro meio apto a afastar o risco de morte.” (GRECO, 2017).

Não é necessário o consentimento da gestante para realização do aborto necessário. Cabe somente ao médico decidir sobre tal procedimento desde que seja a única forma de salvar a vida da gestante.

2.1.5 – Aborto sentimental

Tal espécie de aborto, conhecida também como ético ou humanitário, vem elencado no artigo 128, II, do Código Penal, e se trata do aborto praticado em gestantes em que a gravidez resultou de estupro, necessitando de consentimento da gestante ou caso ela seja incapaz, de seu representante legal.

A conduta do médico e de sua equipe que realiza tal tipo de aborto não é configurado como ilícita, desde que haja o consentimento da vítima ou de seu representante legal. Ressalta Greco, que mais do que um mero requisito, o consentimento constitui a autêntica base da eximente, pois,

“é precisamente a conformidade do paciente que faz surgir o direito de agir do médico. E isso é assim porque, na verdade, todo tratamento médico implica ingerência em bens jurídicos do paciente, ingerência que só se justifica se o próprio lesado – ou seu representante legal – o autorizam.” (GRECO, 2017).

Ainda citando Rogério Greco, para ele

“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.” (GRECO, 2017).

O médico para realizar tal tipo de aborto não precisa de nenhum tipo de autorização judicial, bastando algum elemento que prove e lhe dê convicção de que ocorreu o estupro, como por exemplo, um boletim de ocorrência. Caso o médico venha a ser enganado pela gestante ou por terceiros para que realize o aborto, este não será punido penalmente por isso.

2.1.6 – 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.

Não é um tipo de aborto aceito pela legislação penal brasileira, motivo este de ser por diversas vezes, alvo de discussão nos diversos Tribunais do País.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já reformou uma decisão em que a gestante teve o direito de abortar negado. Tal acórdão de número 2014.0000163976 trata-se, de mandado de segurança impetrado por Paloma de Oliveira Amorim contra decisão judicial, 1ª Vara do Júri da Comarca de Capital¹⁰, que indeferiu autorização para que se interrompa a sua gravidez, requerida por se ter verificado inviabilidade de vida do feto após o parto.

“Conforme o atestado de fls. 33, subscrito por dois professores da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Paloma de Oliveira Amorim carrega em seu ventre feto então com 22 semanas e 5 dias e que apresenta quadro de “defeito de fechamento da parede abdominal extenso, com exteriorização de todo conteúdo abdominal e ascite importante, defeito de fechamento de coluna (na altura do sacro) e estreitamento importante do tórax. O quadro é compatível com síndrome banda amniótica. A condição é do tipo letal independentemente do resultado de cariótipo fetal”, (TJ-SP, 2014)

salientando-se que “as anomalias acima mencionadas são seguramente incompatíveis com a vida extra-uterina”. (TJ-SP, 2014). Consta também que a literatura médica aponta para a morte do recém nascido nessas condições após o parto, sendo certo que “a paciente encontra-se extremamente angustiada em face da situação sem prognóstico, mas mantém sua capacidade de crítica e decisão”. (TJ-SP, 2014).

O eminente desembargador David Haddad, que já integrou até data recente esta Câmara Criminal, teve a oportunidade de se manifestar a respeito:

“A lei admite expressamente a realização do aborto terapêutico ou sentimental, por gravidez produto de estupro, mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe. Estes, com muito mais razão, devem ser garantidos, porque a tanto ela tem direito líquido, certo e até natural, que independe de norma jurídica positiva, no caso de aborto eugênico ou necessário, em decorrência da má formação congênita do feto, em geral anencefalia, evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento

¹⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, TJ-SP - Fato Atípico: 00004107320148260000 SP 0000410-73.2014.8.26.0000, Relator: Carlos Bueno. Data de Julgamento: 17/03/2014, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/03/2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121591368/fato-atipico-4107320148260000-sp-0000410-7320148260000/inteiro-teor-121591378>. Acesso em: 30/10/2017.

físico e psicológico à mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver” (RT 703/333).¹¹

Segundo 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 expressão da autêntica liberdade de autodeterminação da mulher grávida (consentimento informado). É preciso que a mulher tenha capacidade de compreender o alcance da decisão de abortar, o que pressupõe o entendimento da natureza da intervenção cirúrgica e de sua finalidade (destruição da vida do feto). Se ausente essa capacidade, legitima-se a intervenção do representante legal, em razão do dever que lhe incumbe de velar pelo bem-estar da gestante”.(GRECO, 2017).

Um exemplo de aborto eugênico é nos casos de anencefalia em que o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, autorizou o procedimento em gestantes cujos fetos fossem diagnosticados com tal doença. Desse modo,

“a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia não tipifica, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.” (GRECO, 2017).

2.1.7 – Aborto econômico

Tal modalidade de aborto geralmente é praticado pela gestante que se encontra em condição de miserabilidade, tanto financeira quanto psicológica e decide cessar a gravidez causando a morte do feto.

Este tipo de aborto tem sido o mote de alguns movimentos sociais para que haja a exclusão da culpa da gestante que comete tal ato sob essas condições. É crime e não há justificativa ou desculpa para o ato, com a finalidade de afastar a ilicitude ou a culpabilidade. (GRECO, 2017).

¹¹Tribunal de Justiça de São Paulo, TJ-SP - Fato Atípico: 00004107320148260000 SP 0000410-73.2014.8.26.0000, Relator: Carlos Bueno. Data de Julgamento: 17/03/2014, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/03/2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121591368/fato-atipico-4107320148260000-sp-0000410-7320148260000/inteiro-teor-121591378>. Acesso em: 30/10/2017.

2.2 – ANENCEFALIA

De acordo com a pediatra e neurologista infantil Niura Moura, a Anencefalia “é uma má formação do cérebro durante a formação embrionária, que acontece entre o 16° e o 26° dia de gestação, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto.” (MOURA, 2017).

Segundo o médico docente em genética na Universidade de São Paulo (USP) e especialista em medicina fetal, Thomaz Rafael Gollop, a sobrevida sem a estrutura cerebral é, na maioria dos casos, de poucas horas.

"A anencefalia é um defeito congênito, que atinge o embrião por volta da quarta semana de desenvolvimento, ou seja, numa fase muito precoce. Em função dessa anomalia, ocorre um erro no fechamento do tubo neural, sem o desenvolvimento do cérebro", diz. (GOLLOP, 2012).

Para Gollop (2012), a chance de sobrevida por um período prolongado é "absolutamente inviável".

Ou seja, podemos concluir, levando em consideração que a chance de sobrevida por um período prolongado do feto anencefálico é pequena, que as mães têm o direito de interromper tal gestação pesando, entre outros fatores, a sua dignidade.

Cinquenta por cento das mortes em casos de anencefalia são provocadas ainda na vida intra-uterina. Dos que nascem com vida, 99% morrem logo após o parto e o restante pode sobreviver por dias, ou poucos meses.

"Os que sobrevivem, conseguem fazer o movimento involuntário de engolir, respirar e manter os batimentos cardíacos, já que essas funções são controladas pelo tronco cerebral, a região que não é atingida pela anomalia. Alguns não precisam do auxílio de aparelhos e chegam até a serem levados para casa, mas vivem em estado vegetativo, sem a parte da consciência, que é de responsabilidade do cérebro",

afirma o professor de bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), José Roberto Goldim. (CHAGAS, 2016 apud GOLDIM, 2016).

A anencefalia pode ser diagnosticada a partir do terceiro mês de gestação através de uma ultrassonografia. O tipo de gestação apresenta alguns riscos para a gestante, daí surge a discussão sobre seu direito de escolha se quer ou não levar adiante a gravidez.

Antes de o Supremo Tribunal Federal votar sobre a ADPF 54, as gestantes que tinham o desejo de interromper a gravidez de feto anencefálico precisavam

recorrer a uma decisão judicial para realizar o procedimento. Agora, as mães têm seu direito de abortar, nesses casos, resguardado.

“A anencefalia é incurável, o feto não tem desenvolvimento do cérebro e o problema é que o cérebro é o responsável por todos comandos do corpo, é ele que regula os sistemas vitais do corpo, tais como o sistema respiratório e o sistema cardio-vascular. Se o feto não tem cérebro, não há como manter funcionando esses sistemas vitais, por isso ele morre pouco tempo após o parto, e em 65 % dos casos de anencefalia, a gravidez não chega a termo, o que é muito grave para mãe.”(ESGALHA & CAMPOS, 2007).

2.3 – MICROCEFALIA

Microcefalia é um termo de origem grega usado pelos médicos para designar uma condição em que as crianças nascem com a cabeça pequena demais para o tempo de gestação. De acordo com Zorzetto (2016), a maioria delas é saudável, apenas uma pequena parte nasce com microcefalia em decorrência de problemas de desenvolvimento que deixam o cérebro menor. Nesses casos, não há cura. Um bebê pode nascer com o cérebro pequeno demais por causa de uma série de defeitos genéticos – há ao menos 16 genes conhecidos associados ao problema. Mas também pode ter microcefalia em consequência de razões ambientais, como o consumo de álcool ou exposição a produtos tóxicos na gestação, ou de uma série de infecções, como as causadas pelo vírus da rubéola e do herpes, pelo parasita da toxoplasmose ou pela bactéria da sífilis.

A microcefalia é diagnosticada por meio do acompanhamento do crescimento e desenvolvimento da criança. O médico irá colocar uma fita métrica em torno da cabeça e medir seu tamanho. Esta medida e também o tamanho da criança serão feitas durante os primeiros anos de vida e comparadas com uma tabela padronizada a fim de determinar se a criança tem microcefalia.

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde “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 sequela vão variar caso a caso.” (MS, 2017). Ou seja, os casos de microcefalia são diferentes da anencefalia, pois, enquanto neste há a ausência total do cérebro e do cerebelo, naquela há somente um não desenvolvimento adequado do cérebro da criança. O que podemos concluir com isso é que, na microcefalia o feto tem grandes chances de sobrevida, o que não justificaria a descriminalização do aborto para tais casos.

Nos casos de microcefalia também não há tratamento adequado, porém, o bebê pode ter um acompanhamento mais de perto que auxilie seu desenvolvimento. O tipo de acompanhamento se dá de acordo com a necessidade da criança.

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. Não há como reverter a microcefalia com medicamentos ou outros tratamentos específicos. Mas é possível melhorar o desenvolvimento e a qualidade de vida da criança com o acompanhamento por profissionais como fisioterapeutas, fonoaudiólogos e terapeutas ocupacionais. (NUNES, 2016).

A microcefalia possui diferentes formas de classificação, sendo uma delas o início do desenvolvimento da anormalidade. Quando a microcefalia é observada logo no nascimento, ela recebe o nome de congênita. Quando se observa o problema no decorrer do primeiro ano de vida, diz-se que a microcefalia é pós-natal. Também é possível classificar a microcefalia de acordo com a sua causa. Quando apresenta fatores genéticos, ela é chamada de microcefalia genética; quando possui outros fatores desencadeantes, é chamada de microcefalia ambiental ou externa. O tamanho do perímetro cefálico também é usado como uma forma de classificação. Quando apenas o crânio apresenta tamanho inferior à média, diz-se que a microcefalia é desproporcional. Quando todo o corpo está menor que a média, a microcefalia é chamada de proporcional. (SANTOS, 2016).

Por fim, e diante do que foi apresentado sobre a microcefalia, pode-se concluir que, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 sobre a descriminalização do aborto nos casos de anencefalia, não pode ser usada por analogia nos casos de microcefalia, haja vista o direito fundamental a vida que o feto possui e que deve ser respeitado, acima de todos os direitos, apesar de não haver uma hierarquia quanto a direitos e garantias fundamentais.

CAPÍTULO III – DA IMPOSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA

Neste capítulo será analisado voto por voto dos ministros na ADPF 54 e ainda fundamentado, com base em jurisprudências, o fato de que tal decisão não poder ser usada, por analogia, na microcefalia.

3.1 - ANÁLISE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical de terceiro grau do sistema confederativo, com o objetivo de ser reconhecido o direito de antecipação do parto nos casos de gestantes de fetos anencefálicos.

O Ministro relator da ADPF foi Marco Aurélio de Melo. O julgamento foi realizado em abril de 2012 e a proposta foi aprovada por oito votos a favor e dois contra.

O pedido da CNTS tem o objetivo de que a

“interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.” (STF,2012).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem previsão no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988¹², que diz o seguinte: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Segundo o professor Gabriel Marques¹³

“a ADPF pode ser compreendida, na sua modalidade mais conhecida, como uma ação do controle concentrado, destinada a combater o desrespeito aos conteúdos mais importantes da Constituição, praticados por atos normativos ou não normativos, quando não houver outro meio eficaz.” (MARQUES, 2014).

¹² Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. Saraiva. São Paulo, 2017.

¹³Professor de Direito Constitucional da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito do Estado - USP. Coordenador dos Grupos de Pesquisa "Controle de Constitucionalidade" e "A Construção Constitucional do Conceito de Família" (UFBA/CNPQ). Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em: 13/11/2017.

Passamos ao estudo da ADPF e a possibilidade, ou não, de usá-la por analogia nos casos de microcefalia.

Cumpre, inicialmente salientar que a analogia consiste em forma de integração normativa (colmatação de lacunas). No ordenamento jurídico brasileiro, é cediço que a lei é a fonte primária (*cível law*), funcionando o sistema de subsunção do caso concreto à norma.

O instituto da analogia está previsto no Art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei 4657/42). A premissa da analogia consiste em “situações semelhantes merecem decisões semelhantes”.

Esta modalidade de integração normativa se subdivide em: analogia legal (*legis*), quando diante da lacuna usa-se uma única lei que irá regular o caso análogo e a ele se aplica; analogia jurídica (*iuris*) que consiste em usar um conjunto de normas para regular e aplicar ao caso análogo.

Um exemplo claro de aplicação da analogia jurídica é a ADPF 132 oriunda do Rio de Janeiro, na qual decidiu-se que a união homoafetiva consistiria em uma entidade familiar e por analogia se aplica as regras da união estável.

Entretanto, o instituto da analogia possui limitações a exemplo disto que no Direito Penal e no Direito Previdenciário só será admitida *in bonam partem*, ou seja, quando for benéfica ao réu.

Em relação ao aborto de feto portador de microcefalia, não é razoável invocar tal modalidade de integração normativa para descriminalizar tal prática do delito.

A ADPF 54, julgada em 12 de abril de 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, oportunidade em que a Suprema Corte por maioria dos votos decidiu pela descriminalização do aborto nos casos de fetos anencéfalos.

Haja vista o fato de que a ADPF só tratou dos casos de anencefalia, não impediu debates acerca da descriminalização do aborto nos casos de feto com microcefalia. Vale ressaltar então, que a analogia não é cabível em tal hipótese, considerando a diferença entre as patologias.

Ou seja, os casos de microcefalia são diferentes da anencefalia, pois, enquanto neste há a ausência total do cérebro e do cerebelo, naquela há somente um não desenvolvimento adequado do cérebro da criança. O que podemos concluir com isso é que, na microcefalia o feto tem grandes chances de sobrevivência, enquanto que na anencefalia a chance de vida é quase inexistente.

Insta consignar, os principais pontos da ADPF 54. O Relator Ministro Marco Aurélio¹⁴ expressou com propriedade em seu voto que é inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integra.

Do exposto, restou evidente que há confronto entre direitos fundamentais.

Continuou o senhor Ministro dizendo que 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, direito a vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde, a resposta é desenganadamente negativa.

Em relação ao aborto de fetos com microcefalia, é inegável a existência de confrontos entre direitos fundamentais, todavia, o direito a vida do feto está mais ameaçado do que os direitos da gestante.

O anencéfalo é, tal qual o morto cerebral. Quanto a microcefalia segundo o neuropediatra Paulo Breinis, do Hospital São Luiz Jabaquara, em entrevista concedida á Revista Época,¹⁵ quando a criança nasce com a microcefalia, depende do comprometimento e acometimento do cérebro,

“algumas crianças têm um comprometimento menor e só há uma paralisia, por exemplo. Quando existe comprometimento maior, a criança vai ter mais dificuldade. Elas costumam pegar mais infecções de repetição, por exemplo”, explica.(VARELLA apud BREINIS, 2015)

Segundo a Dr^a Beatriz Beltrame, pediatra no hospital privado da Trofa e pediatra/coordenadora do serviço de pediatria do hospital privado de Braga,

“a expectativa de vida das crianças com microcefalia é semelhante à das outras crianças que não possuem a doença, mas vai depender de vários fatores que incluem a gravidade da doença, se existem outras síndromes associadas e da forma como a criança é acompanhada e tratada”. (BELTRAME, 2016).

Como bem fundamenta o relator, o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, o fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera esta conclusão até porque, como acentuado pelo Doutor Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não exclui o diagnóstico de morte cerebral. (GOLLOP,2017). Ainda segundo a Dr^a Beatriz Beltrame, as crianças que possuem somente microcefalia e

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 07/11/2017.

que recebem todo o tratamento necessário sempre que apresentarem doenças como gripe, dengue, infecção urinária ou outras, e que são estimuladas a andar e a se alimentar sozinhas tem maiores chances de chegar à vida adulta, embora seja sempre necessário alguém por perto para cuidar delas e de sua segurança. (BELTRAME, 2016).

O aborto de feto com microcefalia consubstancia em aborto eugênico. Nas palavras do augusto relator o anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial, logo, não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos.

Citou o ministro, que na expressão da Doutora Lia Zanotta Machado¹⁶, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”. (ADPF 54 DF, 2012). De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina. Já na microcefalia o feto tem grandes chances de sobreviver, haja vista que, segundo o Dr. Drauzio Varella, na maioria dos casos, a microcefalia está ligada ao atraso no desenvolvimento neurológico, mental, psíquico e motor. A gravidade da condição pode variar de uma criança para outra e é mais frequente no sexo masculino.(VARELLA, 2017).

Negar o direito a vida de um feto com microcefalia, afigura-se discriminação em função de uma deficiência. Discriminação contra o feto e com a pessoal que ele se pode se tornar.

O Ministro cita em seu voto a Convenção Sobre Direitos da Criança das Nações Unidas¹⁷, que em seu artigo 23, 1, defende o direito das crianças portadoras de deficiência física ou mentais de poder desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

Ao explanar sobre o direito a vida dos anencéfalos o senhor Ministro asseverou que não é dado invocar tal direito. A anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de

¹⁶ A doutora Lia Zanotta Machado foi ouvida como representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. É graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, tem mestrado em Sociologia pela mesma Universidade e doutorado em Ciências Humanas, também pela Universidade de São Paulo, fez cursos de pós-graduação, compõe o Conselho Diretor da Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, tendo integrado a Comissão que elaborou o anteprojeto de lei sobre a revisão da legislação punitiva e restritiva ao aborto no Brasil (terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 51, ADPF 54, 2012).

¹⁷ Presidência da República. Decreto nº 99.710/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 08/11/2017.

vida. O mesmo não ocorre com o feto portador de microcefalia, pois há expectativa de vida.

Como já salientado na ADPF 54 não existe vida possível no caso do anencéfalo, logo não há que se falar em tutela do direito a vida, diferentemente dos fetos portadores de microcefalia que possuem expectativa de vida extra-uterina.

Ainda segundo o Ministro relator, aborto é crime contra a vida. Tutela-se da vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. E completa dizendo que, 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.

Já nos casos de microcefalia, como existe vida possível, descriminalizar o aborto seria uma afronta a legislação penal brasileira e seria permitir que alguém cometesse um crime contra a vida de outrem, fato este totalmente punível.

Quanto a relação de ponderação dos direitos da mulher sobre os direitos do feto anencéfalo, tais como direito à saúde, dignidade, liberdade, autonomia e privacidade, tal critério pode ser utilizado também nos casos de microcefalia, em que também há confronto de tais direitos com o direito a vida do feto, contudo, como já salientado, os direitos não se sobrepõem hierarquicamente um sobre o outro, logo havendo a ponderação, a vida ou sua probabilidade deve prevalecer.

Ainda baseado no voto do Ministro Marco Aurélio, quando ele se refere que não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, se levarmos em conta somente os direitos da gestante e não considerarmos os direitos do feto com microcefalia, estaremos retrocedendo e não utilizando tal princípio de acordo com sua finalidade.

Se o aborto de fetos com microcefalia for descriminalizado, estaremos abrindo um leque para que toda gestante de feto com algum tipo de deficiência possa realizar tal procedimento e não vejo forma maior de discriminação como essa. Voltaríamos então aos tempos da Alemanha de Hitler em que somente uma “raça pura” merecia sobreviver.

3.2 – DAS POSIÇÕES FAVORÁVEIS A AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE MICROCEFALIA

Como já dito anteriormente, a aprovação da ADPF se deu por 8 votos a favor e 2 contra.

Para o ministro Joaquim Barbosa deve ser excluída do âmbito da incidência do artigo 124 do Código Penal a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

Segundo o ministro “a presente ADPF cuida da tutela da liberdade de opção da mulher de dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável.”¹⁸

Nota-se durante a leitura do voto que em momento algum o ministro citou casos de anomalias em que, mesmo que com algumas deficiências, o feto tenha chance de sobrevivência, o que nos leva a concluir que a microcefalia não se encaixa nos requisitos defendidos pelo ilustre ministro.

Para ele a questão da ADPF “se refere exclusivamente à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.”¹⁹

E ainda ressalta que “em 50% dos casos, o feto morre ainda no útero de sua mãe e, nos demais casos, a certeza é de que ele não viverá mais do que alguns dias.” (STF, 2012).

Quanto à ponderação dos princípios constitucionais que norteiam este tema, Barbosa é claro ao afirmar 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.” (STF, 2012).

O ministro ainda cita a Lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997) que em seu artigo 3º fixa que a vida do ser humano acaba com a morte encefálica. É o dispositivo:

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 13/11/2017.

¹⁹ *Idem*.

“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” (BRASIL, 1997, *grifo próprio*).

O ministro Luiz Fux, justificou a votação pela procedência da ADPF baseado no sofrimento da gestante que leva em seu ventre um feto portador de anencefalia durante 9 meses e que depois ainda tem que suportar a dor de enterrá-lo.

Para ele “o que o Supremo Tribunal Federal tem que examinar é se é justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que, durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencefálico, o qual não tem condições de vida, no banco do Júri, porque aborto é crime contra a vida e sujeito à competência do Júri.”(STF, 2012).

Para Fux o aborto é “uma questão de saúde pública, não é uma questão de Direito Penal -, não bastem os interesses de uma eficiente proteção ao bens jurídicos.”(STF, 2012).

Para a ministra Carmem 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 que lhe pode 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.” (STF, 2012).

E completa dizendo que “não se pune o aborto praticado, senão como salvar a vida da gestante, como diz o Código Penal, mas a vida saudável, e aqui a saúde psíquica está incluída.” (STF, 2012).

Por fim, ela ressalta que “a questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo.” (STF, 2012).

O ministro Ayres Britto fundou seu voto também no fato do direito de escolha da mulher de prosseguir ou não com a gravidez de um feto anencéfalo. Ele ainda, fez questão de ressaltar que o Supremo não estaria obrigando e nem permitindo a descriminalização do aborto, mas sim dando direito a mulher de decidir sobre sua própria vida.

Para ele

“se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio do caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova. O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobrevivida por lhe faltar as características todas da espécie humana.”²⁰

Britto ressalta que “o que se respeita é a autonomia de uma mulher, que além de mulher, é gestante; e que não suporta, se opta pela interrupção da gravidez, a dilacerante dor de ver o produto da sua concepção involucrada numa mortalha.” E completa citando o Ministro Marco Aurélio que “não se pode tipificar esse direito de escolha como caracterizador do aborto proibido pelo Código Penal.”²¹

O ministro Gilmar Mendes, também leva em consideração a saúde psíquica da gestante e sua autonomia de decidir sobre qual caminho seguir após o diagnóstico do feto com anencefalia. Ele ainda faz uma comparação com as causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, para o crime de aborto, tal qual o aborto sentimental, que dá o direito a gestante de escolher levar em frente ou não uma gravidez resultante de estupro.

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, bom 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 resultante de estupro, a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir.”²²

E ainda 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, aliado à inviabilidade quase certa da vida extrauterina do feto.”²³

Para a ministra Rosa Weber, não está em jogo o direito à vida do feto, haja vista o fato de que, como já exposto, as chances de sobrevivida de um feto com anencefalia são muito pequenas, mas o que se discute é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou

²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 54, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 14/11/2017.

²¹ Idem Pag. 266.

²² Idem Pag. 294.

²³ Idem Pag. 295.

morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano. (STF, 2012).

“A gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo”, sustentou a ministra Rosa Weber. “Todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos”, sustentou ainda a ministra.²⁴

Por fim, mas não menos importante, levamos em conta o voto do Ministro Celso de Mello que se baseia também no direito da mulher sobre o próprio corpo, bem como sua saúde física e psíquica, defendendo o seu direito de escolha e sua dignidade, mas nunca sem desprezar o direito à vida do feto, porém levando em conta o princípio da proporcionalidade.

Para o ministro

“a atividade cerebral, pode também servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial.”²⁵

Celso de Mello conclui seu voto justificando a autorização da realização da antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico

“desde que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado.”²⁶

Com a análise dos votos exclui-se a hipótese de crime de aborto quando se tratar de feto anencéfalo, autorizando a antecipação terapêutica do parto nesse caso. Nada se fala sobre os casos de microcefalia.

Para fundamentar a tese de que há chance de vida nos fetos com microcefalia e que por isso a ADPF 54 não pode ser usada como base para a autorização da antecipação terapêutica do parto nesses casos, me utilizo do Habeas Corpus nº 0047757-63.2015.8.19.0000, julgado pela Quinta Câmara Criminal do Rio de Janeiro, onde os Desembargadores votaram pela denegação da ordem a impetrante sobre a interrupção da gravidez:

²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755>. Acesso em: 14/11/2017.

²⁵ Idem. Pag. 350

²⁶ Idem. Pags. 365/366.

Habeas Corpus. Impetração objetivando a concessão da ordem para se determinar interrupção de gravidez. Ausência de indicação expressa no laudo médico de impossibilidade de vida extra-uterina e/ou a existência de risco de morte para a gestante. Denegação da ordem. (TJ-RJ - HC: 00477576320158190000. Rio de Janeiro capital, 2ª vara criminal, relator: Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, data de julgamento: 24/09/2015. Quinta Câmara Criminal. Data de Publicação: 16/02/2016). (TJ-RJ, 2016).

Segundo consta da inicial de tal documento,

“a paciente é gestante de um feto portador de hidrocefalia, **microcefalia**, hipoplasia, mefacisterna magna e calcificações periventriculares, alterações sugestivas de infecção por citomegalovírus, contendo a seguinte advertência: ‘risco elevado de mortalidade’, e que ‘o risco do óbito intra-útero ou no período neonatal está aumentando por conta das complicações.” (TJ-RJ, 2016, *grifo nosso*).

O pedido foi indeferido sob o argumento de que

“havendo possibilidade de vida extra-uterina, ainda que de forma vegetativa, pressupõe fator impeditivo do deferimento do pedido, uma vez que a autorização para a interrupção da gravidez, nesses casos, pode afetar direitos que o feto adquirirá ao nascer com vida.”²⁷

Em análise a esse Habeas Corpus, foi esclarecido que, no entendimento dos julgadores, não há a impossibilidade de vida nas patologias já citadas, entre elas a microcefalia, e nem ao menos risco para a gestante, portanto não há que se falar em autorização da interrupção do aborto nesses casos, e sim em proteção a vida do feto pelo Direito.

3.3 – DAS POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS À AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE MICROCEFALIA

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

Para o ministro Ricardo Lewandowski não há que se falar que ao tempo da promulgação do Código Penal, em 1941, não havia métodos suficientes para a Medicina identificar a presença de tal anomalia e que caso o Congresso Nacional

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2016. HC: 00477576320158190000/2016. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/369865766/habeas-corpus-hc-477576320158190000-rio-de-janeiro-capital-2-vara-criminal/inteiro-teor-369865781#>. Acesso em: 14/11/2017.

desejasse, havia incorporado a legislação o aborto eugênico, que seria ideal nos casos de anencefalia.

É a sua posição

“não se pode dizer que a época da promulgação do Código Penal (1940) ou da sua reforma (1984), não existiam métodos científicos para identificar eventual degeneração fetal, pois exames capazes de detectá-la já se encontram de longa data a disposição da Medicina. Caso o Congresso Nacional desejasse, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição.” (STF, 2012).

A justificativa do Ministro para votar contra a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, é que tal votação favorável poderia ensejar na abertura de precedentes para a antecipação no caso de anomalias menos severas, como por exemplo nos casos de microcefalia, e com isso ocorresse conseqüentemente a descriminalização do aborto.

Para Lewandowski,

“além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição, uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina.” (STF, 2012).

Passamos então a análise do segundo voto contrário a ADPF 54, do ilustre Ministro Cezar Peluso.

Segundo ele, existe chance de vida para o feto anencéfalo, e que não se estaria autorizando o pedido de antecipação de parto, mas sim o aborto, e que mesmo que o feto sobreviva por poucas horas, ainda assim ele possui proteção constitucional. O ministro ainda criticou o fato de que a Medicina considere morto o indivíduo em que o funcionamento do cérebro cesse, mas ressalta que “há um critério utilitário: com a declaração da morte cerebral como critério para o fim da vida é possível captar órgãos para transplantes que ainda estejam funcionando.” (STF, 2012).

Cezar Peluso ainda ressaltou que

“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 de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica.” (STF, 2012).

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 anencefalia é fenômeno natural.

Para Peluso,

“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.” (STF, 2012).

Entre outros argumentos para justificar tal posição em relação ao objeto da ADPF em discussão, o ministro se utiliza do direito a liberdade da mulher 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 é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre sua própria forma de vida.” (STF, 2012).

Ainda embasado no fato de que nesta ADPF não se discute nada mais nada menos do que a liberdade da mulher o ministro completa “há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto anencéfalo.” (STF, 2012).

Por fim, conclui “todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada a anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la.” (STF, 2012).

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a votação da Suprema Corte em relação à ADPF 54, pode-se notar a importância e a observância das garantias fundamentais para importantes decisões acerca de questões relacionadas, principalmente ao crime de aborto.

Com o julgamento procedente de tal ação, a qual autorizou as gestantes que queiram realizar a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia surge a discussão do porque não caberia, por analogia, tal decisão também nos casos de fetos com microcefalia.

Ocorre que, como exposto, por várias vezes, durante os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, na anencefalia a chance de sobrevivência é muito pequena, como bem ressaltado pelo ministro Joaquim Barbosa que “em 50% dos casos, o feto morre ainda no útero de sua mãe e, nos demais casos, a certeza é de que ele não viverá mais do que alguns dias.” E nos casos de microcefalia a chance do feto morrer é bem menor.

Ressalta-se aqui que, na microcefalia a criança poderá ter várias limitações e deficiências, mas que não a impedirá de ter uma vida normal. É aí que se sobrepõe o direito a vida da criança sobre a dignidade da gestante.

Enfim, o instituto da analogia não poderá ser utilizado nos casos de feto com microcefalia, haja vista a diferença entre as patologias e o fato de que ainda não há meios científicos que comprovem que os fetos com microcefalia não sobreviverão logo após o parto, ou sobreviverão somente por alguns dias.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAME, Beatriz. **Como é a vida da criança que nasce com microcefalia**, 2016. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/tratamento-para-microcefalia/>. Acesso em: 08/11/2017.

BRASL. **Código Civil Brasileiro**, 2002. VadeMecum. Saraiva, 2017.

BRASL. **Código Penal Brasileiro**, 1940. VadeMecum. Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Vade Mecum. Saraiva. São Paulo, 2017.

BRASIL. **Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 14/11/2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Zika**, 2017. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/1225-zika/21849-o-que-e-a-microcefalia>. Acesso em: 05/11/2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 99.710/90**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 08/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liminar pela Constitucionalidade do aborto de feto anencefalo**. ADPF N° 54, Distrito Federal, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 14/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência**, 2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

Acesso em: 13/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministros Rosa Weber e Joaquim Barbosa seguem o relator e julgam procedente a ADPF 54**, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755>. Acesso em: 14/11/2017.

CHAGAS, Ângela. **Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?** 2016. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 03/11/2017.

CHAGAS, Ângela *apud* GOLDIM, José Roberto. **Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?** 2016. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro.html>. Acesso em: 03/11/2017.

CORREA, Pedro. Jusbrasil. **O Aborto e os Direitos Fundamentais**, 2017. Disponível em: <https://pedrocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/492181552/o-aborto-e-os-direitos-fundamentais>. Acesso em 01\10\2017.

ESGALHA, T. I. M. R.; CAMPOS, V. L. P. G. **Anencefalia**, 2017. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1478/141>. Acesso em: 04/11/2017.

GOLLOP, Thomaz Rafael. **Anencefalia: aspectos médicos**, 2012. Disponível em: <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2012/04/anencefalia-aspectos-medicos-por-thomaz-rafael-gollop-439622.html>. Acesso em: 03/11/2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**, Niteroi-RJ. 19ª edição, editora Impetus, 2017.

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

MARQUES, Gabriel. **O que é arguição de descumprimento de preceito fundamental?** 2014. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em: 13/11/2017.

MARTINEZ, Marina. **Anencefalia**, 2017. Disponível em: <https://www.infoescola.com/doencas/anencefalia/>. Acesso em: 05/11/2017.

MIRABETE, Julio; FABRINI, Renato. **Manual de Direito Penal: Parte especial art. 121 a 234 CP**. 25ª ed. São Paulo: atlas, 2008.

MOURA, Niura. **Anencefalia: sintomas, tratamentos e causas**, 2017. Disponível em: <http://www.minhavidacom.br/saude/temas/anencefalia>. Acesso em: 03/11/2017 as 10:32.

NUNES, Priscila Rezeck. **Zika vírus está sim relacionado ao surto de microcefalia e problema já atinge 13 estados brasileiros**, 2016. Disponível em: <http://diariodebiologia.com/2015/12/zika-virus-esta-sim-relacionado-ao-surto-de-microcefalia-e-problema-ja-atinge-13-estados-brasileiros/>. Acesso em: 09/11/2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial**, 14ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Microcefalia: a microcefalia é uma anomalia em que o recém-nascido apresenta perímetro cefálico inferior a 33 centímetros**, 2016. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/microcefalia.htm>. Acesso em: 05/11/2017.

TJ-DF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - **APR: 42085620088070008 DF 0004208-56.2008.807.0008**, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 05/08/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 18/08/2010, DJ-e

Pág. 192. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15749996/apr-apr-42085620088070008-df-0004208-5620088070008-tjdf?ref=topic_feed. Acesso em 28/10/2017.

TJ-RJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **HC: 00477576320158190000**, Rio de Janeiro Capital, 2ª vara criminal, relator: Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, data de julgamento: 24/09/2015, quinta câmara criminal, data de Publicação: 16/02/2016. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/369865766/habeas-corpus-hc-477576320158190000-rio-de-janeiro-capital-2-vara-criminal/inteiro-teor-369865781#>. Acesso em: 14/11/2017.

TJ-RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - **ACR: 70056632276 RS**, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Data de Julgamento: 24/10/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/11/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113371898/apelacao-crime-acr-70056632276-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14/11/2017.

TJ-SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Fato Atípico: 00004107320148260000 SP 0000410-73.2014.8.26.0000**, Relator: Carlos Bueno. Data de Julgamento: 17/03/2014, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/03/2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121591368/fato-atipico-4107320148260000-sp-0000410-7320148260000/inteiro-teor-121591378>. Acesso em: 30/10/2017.

VARELLA, Dráuzio. **Microcefalia**, 2017. Disponível em: <https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia>. Acesso em 08/11/2017.

VARELLA, Gabriela apud BREINIS, Paulo. **O que é a microcefalia: entenda esta má-formação do cérebro de bebês e qual sua relação com a infecção causada pelo mosquito do zika vírus**, 2016. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/12/o-que-e-microcefalia.html>. Acesso em: 08/11/2017.

ZORZETTO, Ricardo. **Incertezas sobre a microcefalia**, Ed. 214, março/ 2016. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/03/18/incertezas-sobre-a-microcefalia/>. Acesso em: 04/11/2017.