



**FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

**ALICE FERREIRA DE SOUZA CARVALHO**

**O ABORTO EM CASO DE FETO PORTADOR DE MICROCFALIA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**MG**

**2019**

**ALICE FERREIRA DE SOUZA CARVALHO**

**O ABORTO EM CASO DE FETO PORTADOR DE MICROCFALIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito Doctum como requisito básico para a obtenção de grau de Bacharel em Direito. Orientador: Ivan Sales

CARATINGA

2019

	FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		
TERMO DE APROVAÇÃO		
<p>Trabalho de Conclusão de Curso <b>O Aborto em caso de feto portador de microcefalia</b>, elaborado <b>Alice Ferreira de Souza Carvalho</b> foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de <u>Direito</u> da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de</p>		
<p><b>BACHAREL EM DIREITO.</b></p>		
<hr/>		
Caratinga de _____ de _____ 20____		
<hr/>		
Prof. Ivan Lopes Sales		
<hr/>		
Prof. Alessandra Dias Baião		
<hr/>		
Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior		

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino e meu guia. Aos meus familiares e amigos, em especial minha mãe Cristiane Ferreira, que além de principal incentivadora, se tornou meu sustento nessa caminhada.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.” (Arthur Schopenhauer)

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por me proporcionar perseverança durante toda a minha vida;

Aos meus pais pelo apoio e incentivo que serviram de alicerce para as minhas realizações;

A minha irmã Aline, pela amizade e atenção dedicadas quando sempre precisei;

Ao meu esposo Jefferson, pelo seu amor incondicional e por compreender minha dedicação ao projeto de pesquisa;

Ao meu professor orientador Ivan Sales, pelas valiosas contribuições dadas durante todo o processo;

Aos amigos do curso de graduação que compartilharam dos inúmeros desafios que enfrentamos, sempre com o espírito colaborativo;

Também quero agradecer ao corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino;

## RESUMO

O referido tema apresentado vem abordar, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto nos casos de anencefalia, se também pode ser aplicada na microcefalia. Os fundamentos que foram abordados, os princípios constitucionais. Embora o aborto seja considerado crime no Brasil essa prática continua abortar inflamar debates em torno de sua constitucionalidade. Com o aumento dos casos de microcefalia, a discussão volta á pauta do dia, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental- APDF 5410 que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal a qual não foi julgada até a presente data, exatamente pela peculiaridade da questão. Este trabalho não vem adotar termos religiosos, e sim como a norma constitucional vai agir. O Estado outro responsável por estes acontecimentos, falta estrutura para melhorar a condição da classe baixa que é mais afetada, assim acaba por fazer o descaso com o povo brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aborto; microcefalia; anencefalia; dignidade da pessoa Humana.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I: O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....</b>	<b>15</b>
1.2 Dos tipos de aborto: aborto necessário e aborto sentimental.....	19
<b>CAPÍTULO II: MICROCEFALIA E BIOÉTICA .....</b>	<b>23</b>
2.1 O uso da bioética em casos de aborto e as teorias de concepção da vida .	23
2.2 A microcefalia.....	28
2.3 Direito à vida.....	31
<b>CAPÍTULO III: A IMPOSSIBILIDADE DE ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA.....</b>	<b>34</b>
3.1 Princípios constitucionais aplicáveis.....	36
3.2 A impossibilidade de interpretação extensiva.....	39
3.3 A impossibilidade de analogia ao aborto de anencefálicos e o dever de solidariedade familiar .....	42
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui descrita pretende analisar o entendimento da decisão do STF, para a prática do aborto em casos de fetos portadores de anencefalia e por analogia aplicar aos que possuem microcefalia. Entende-se que ao legalizar o aborto permite que algumas mulheres já o façam com essa intenção, utilizando esse motivo, alegando que a criança vai nascer com essa anomalia.

Assim sendo, pretende-se demonstrar a impossibilidade de aplicação dos argumentos determinados ao aborto de fetos com anencefalia àqueles que são portadores de microcefalia, exatamente pela condição de sobrevivência que esses possuem, mesmo que na microcefalia pelo esse bebê nasça com a cabeça pequena, terá uma expectativa de vida, justamente com acompanhamentos médicos e outros profissionais.

É possível a interpretação analógica da decisão do STF sobre aborto de anencefálico para os casos em que o feto é diagnosticado com microcefalia?

Não. Deve haver, no ordenamento jurídico toda forma de preservar e resguardar a vida dos portadores de microcefalia. Assim, o entendimento do STF na decisão que aprovou o aborto nos casos de anencefalia não pode ser aplicado em casos de microcefalia.

Na anencefalia a criança é um ser sem expectativa de vida, má formação do cérebro durante a formação embrionária, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto. Já na microcefalia estamos falando de uma criança que vai nascer com expectativa de vida e tem seus direitos resguardados pela constituição.

O presente trabalho de pesquisa tem como marco teórico as ideias de Cleber Masson sobre a impossibilidade de existência de aborto dos fetos diagnosticados com microcefalia. Vejamos:

O feto com microcefalia tem o direito de seguir seu regular curso. Tem o direito de nascer. Tem o direito de viver, de ser cuidado e protegido pela família, pela sociedade e pelo Estado. Tem sobretudo, o direito de amar e ser amado por aqueles que desejam o seu bem. Nisso consiste o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil que deve ser implementado na prática, e não utilizada de forma vazia como mero discurso retórico". Perceptivelmente, a criança portadora de microcefalia não terá uma vida fácil. Contudo, todos nós seres vivos estamos sujeitos a adquirir doenças que podem prejudicar nossa qualidade

de vida, concluindo assim, que uma doença não pode ser pressuposto para a aniquilação de um direito, o direito à vida..<sup>1</sup>

O estado tem que investir mais na sociedade brasileira, pois essa prática atinge várias classes sociais, principalmente a classe baixa.

Além do mais é de suma importância considerar o julgamento da ADI 5581 que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de inclusão desse aborto na Lei 13.301/16 e que até a presente data não foi julgado exatamente pelos pontos controvertidos que revestem a questão em destaque.

Ao ganho social, se propõe a analisar esse tema que é tão controvertido até mesmo por falta de informação e investimento em pesquisas científicas, como a possibilidade de chances de encontrar um meio ou uma forma para evitar essa doença – zika- e conscientizar as pessoas com a finalidade de se precaverem r mais.

O ganho jurídico, essa discussão de um tema relacionado ao Estado e a própria sociedade, a prática do aborto é crime, e deve ser observado com mais vigor, além disso a análise da ADI 5581 trará ganhos ao mundo jurídico devido ao fato de ser um tema atual e amplamente discutido

O ganho acadêmico é o aprofundamento na possibilidade de estudo Constitucional e Penal, traçando considerações a esse tema, auxiliando o estudante a se tornar um operador do direito com conhecimento amplo nessa área.

A metodologia a ser aplicada para execução do trabalho tem caráter teórico dogmática por envolver pesquisas em todos os meios necessários, como doutrina, jurisprudência, legislação aplicável ao caso, revistas, sites especializados virtuais dentre outros meios o que garantirá maior aprofundamento e conhecimentos.

Por se tratar do envolvimento de diferentes âmbitos do direito é transdisciplinar, pois envolve: Direito Constitucional, Direito Penal; Bioética.

A monografia será desenvolvida em três capítulos distintos, definidos com os seguintes títulos: Capítulo I: O aborto e suas especificações; Capítulo II – vem trazendo um estudo sobre bioética e microcefalia e finalizando o terceiro capítulo falará da impossibilidade do aborto dos portadores de microcefalia que é o tema central da nossa discussão

---

<sup>1</sup>MASSON, Cleber Direito Penal: parte especial - vol.2/ Cleber Masson. - 10.ed.rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p.102.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A Constituição Federal de 1998 garante o direito à vida (artigo 5º, caput), sendo, pois, criminalizado o aborto, para proteger a vida do feto. Todo ataque à vida do embrião significa uma violação do direito à vida. Por isso é que o atual Código Penal Brasileiro prevê punição para aqueles que atentem contra a vida do embrião, com penas que vão de 01 (um) a 10 (dez) anos de prisão. O mais interessante é que o crime de aborto está previsto no Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata dos “Crimes Contra a Pessoa”, e no capítulo I daquele título, que trata dos “Crimes Contra a Vida”, o que demonstra claramente que a lei brasileira reconhece o embrião como uma pessoa viva.

Isso se dá para a preservação da dignidade da pessoa humana que pode ser considerado como o valor maior da vida humana como expressa Elpidio Donizete:

A dignidade humana é o valor supremo a ser buscado pelo ordenamento jurídico, é o princípio basilar a partir do qual decorrem todos os demais direitos fundamentais – norma fundante, orientadora e condicional, não só para a criação, interpretação e aplicação, mas para a própria existência do direito (nela se assenta a estrutura da República brasileira).<sup>2</sup>

Quando se fala em aborto, remete-se à interrupção da gestação. Assim, o abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana da gestação, com o produto da concepção com peso menor que 500g. Já o aborto é o produto da concepção expulso no abortamento. Capez traz um conceito sobre isso:

Considere o aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção consiste na eliminação da vida intra-uterina não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto pois ocorre que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise, ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.<sup>3</sup>

O aborto é proibido da legislação brasileira nos moldes dos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro, com exceção em casos específicos, conforme expressa o artigo 125 abaixo demonstrado:

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

<sup>2</sup> DONIZETE, Elpidio **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em <https://elpiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em 15/06/2017.

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V.2. São Paulo: Saraiva, 2004.p.108

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.<sup>4</sup>

Observa-se que se fala de um problema enfrentado pela sociedade todos os dias é a prática do aborto um crime tipificado no código penal brasileiro de um crime contra uma vida que não pode se defender.

O aborto é uma questão muito controversa, por isso alguns líderes religiosos e teólogos conservadores também afirmaram explicitamente que a questão crucial sobre o aborto não é saber se o feto é ou não uma pessoa, mas sim a melhor maneira de respeitar o valor intrínseco da vida humana.

Há uma posição ainda mais extrema que sustenta que o aborto nunca se justifica, mesmo quando necessário para salvar a vida da mãe, essa é a posição imposta pela igreja católica, que é aceita por uma minoria de pessoas aqueles fervorosos, a maioria das pessoas acredita que o governo deve proibir o aborto, para uma parte o aborto pode ser concedido em caso de risco de vida da mãe, é uma espécie de Estado de necessidade, são duas vidas em perigo a vida do feto e da mãe.

Dentre as espécies de aborto necessário enquadra-se os fetos com anencefalia, ou seja, aqueles em que não há formação do cérebro, fazendo com que não se tenha nenhum tipo de atividade cerebral após o nascimento.

Não se pode comparar a anencefalia, que é a má-formação do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, que resulta na pouca expectativa de vida, como diz a professora Débora Diniz, pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília.

Do ponto de vista médico, o feto anencefálico é uma patologia e como patologia deve ser tratada. A ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum "a ausência de cérebro", torna o feto anencéfalo a representação do subumano por excelência.<sup>5</sup>

Na microcefalia, em que há chance de vida, porém com dificuldades cognitivas, motoras, de aprendizado, em consequência da má-formação cerebral, fazendo com

<sup>4</sup> BRASIL, CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, *VadeMecun* São Paulo: Saraiva. 2018, p.552.

<sup>5</sup>DINIZ, Debora Direito à vida: aborto- estupro- feto anencefálico. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=448](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448). Acesso em 15 maio 2019

que a criança nasça com a circunferência da cabeça menor que 32 cm. O médico Doutor Drauzio Varella conceitua:

Microcefalia é uma condição neurológica rara que se caracteriza por anormalidades no crescimento do cérebro dentro da caixa craniana. Em geral, ela ocorre quando os ossos do crânio se fundem prematuramente e não deixam espaço para que o cérebro cresça sem que haja compressão das suas estruturas. A alteração pode ser congênita ou manifestar-se após o nascimento associada a outros fatores de risco (doença secundária). Algumas crianças portadoras de microcefalia têm inteligência e desenvolvimento normais apesar de a circunferência do crânio ser menor do que as estabelecidas nas tabelas de referência para sua idade e sexo.<sup>6</sup>

A expectativa das crianças com microcefalia é semelhante às das outras crianças, exigindo, no entanto, cuidados especiais para melhorar a qualidade de vida, como terapia ocupacional, fisioterapia, estimular a fala com sessões de fonoaudiologia e medicamentos compatíveis.

Devido a isso em 24/08/2016 foi protocolado junto ao STF a ADI 5581 buscando que se inclua na Lei 13.301/2016, que institui a tomada de providências e medidas contra mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, exatamente pela ligação que se tem do número de bebês com microcefalia e a presença do vírus da zika, um artigo que permite o aborto dos fetos com microcefalia, por analogia ao fetos anencefálicos com o enquadramento do aborto necessário.

Porém, é de suma importância analisar que a Constituição Federal, ao tratar da família, além de considerá-la a base da sociedade, em seu artigo 226, consagrou a dignidade da pessoa humana como base do estado democrático de direito, assim, conforme Paulo Bonavides conceitua : “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana exerce, o valor absoluto de cada ser humano. E, para se tornar viável a dignidade humana, cabe ao Estado o dever de respeito (não pode violar os direitos), proteção (não pode permitir que direitos sejam violados) .”<sup>7</sup>

Quando se fala em família, seja de pessoas portadoras de necessidades especiais como os que nascem com microcefalia ou não, volta-se para a necessidade

---

<sup>6</sup> VARELA, Drauzio **Microcefalia**. Disponível em [https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/parecerer\\_oab\\_anencefalo.htm](https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/http://www.ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm) **Revista Bioética**. Vol. 24, nº 2-2016. Brasília/ DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2016. Acesso em 15 maio 2019

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.26

do Estado em seu dever de amparo, portanto o Estado tem que se preparar essas situações, pois as famílias brasileiras não estão preparadas para lidar com esses casos, pois não encontram apoio do poder público.

A prática do aborto atinge todas as esferas econômicas, a mais afetada é a classe baixa, por falta de acompanhamento, na microcefalia ocorre muito com pessoas que vive em condições precárias, sem ter uma boa saúde que está escrito no artigo 196 da Constituição Federal 1988. Porque através da saúde são realizadas medidas para prevenção de doenças.

A ministra Carmem Lúcia que é a relatora da ADI mencionada ressalta a importância do SUS e dos meios de comunicação no sentido de informar a todas as mulheres os perigos da Zika durante a gravidez, os métodos de prevenção e cuidado com as crianças nascidas com microcefalia. Vejamos:

o dever da autoridade máxima do Sistema Único de Saúde - SUS de âmbito federal em determinar e executar as medidas necessárias como realização de campanhas educativas e de orientação à população, em especial às mulheres em idade reprodutiva e gestantes, divulgadas em todos os meios de comunicação, incluindo programas radiofônicos estatais, bem como nas páginas do Governo Federal da rede mundial de internet, e coordenar a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e em escolas, especialmente para todas as mulheres em idade reprodutiva, com informações sobre formas de transmissão, efeitos conhecidos e ainda não conhecidos da epidemia e métodos contraceptivos necessários e disponíveis na rede pública para aquelas que desejarem não engravidar<sup>8</sup>

Ressalta-se que até a presente data não houve o julgamento da ADI 5581 que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal sobre a questão, demonstrando, assim, os contrapontos da questão.

---

<sup>8</sup> BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 5581- DISTRITO FEDERAL. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 15 maio 2019.

## CAPÍTULO I: O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como já descrito o artigo 124 do Código Penal estabelece a conduta do aborto quando é praticado pela própria gestante ou com seu consentimento é a forma mais comum de aborto em nosso país.

Não são poucos os casos em que a mãe procura meios de provocar o aborto e interromper a gravidez por sua conta. São muitos os medicamentos e instrumentos disponíveis no chamado “mercado negro” que permite a provocação do aborto pela gestante. Vejamos:

Remédios como Arthrotec, Lipitor e Isotretinoína são contraindicados durante a gravidez porque tem efeitos teratogênicos que podem levar ao aborto ou causar graves alterações no bebê. O Misoprostol, vendido comercialmente como Cytotec ou Citotec, é o medicamento utilizados pelos médicos em hospitais quando o aborto é permitido. Este medicamento não pode ser comercializado nas farmácias, sendo restrito somente aos hospitais.<sup>9</sup>

Com o acesso às redes sociais, obter esse tipo de medicação ficou facilitado, visto que estão disponíveis a todo tempo no comércio eletrônico, mesmo que pelas vias ilícitas. Ainda, a forma de uso e efeitos colaterais são, do mesmo modo, divulgados na rede.

Através de uma simples busca na rede é possível encontrar diversos anúncios como o abaixo transcrito em que medicamentos que provocam aborto são comercializados. Assim tem sido facilitado praticar aborto pela própria gestante utilizando meios farmacológicos para tal.

Outra forma é permitir o aborto, ou consentir que seja realizado o aborto pela gestante. Isso ocorre, quando procura a ajuda de terceiros para a realização. Quase sempre isso acontece utilizando clínicas clandestinas, que colocam em risco a vida da gestante, por utilizarem técnicas populares, material inadequado, sem a devida higienização, etc e tal.

Segundo pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde, divulgado no Jornal “Estadão” quatro mulheres morrem em hospitais no Brasil em busca de socorro devido a complicações provocadas por abortos feitos em clinicas clandestinas:

---

<sup>9</sup> SEDICIAS, Sheila. **Remédios que podem causar aborto.** Disponível em <https://www.tuasaude.com/aborto/>. Acesso em 05 set 2019

O Brasil registra uma média de quatro mortes por dia de mulheres que buscam socorro nos hospitais por complicações do aborto. Até setembro, foram 1.215. Os registros de 2015 têm padrão semelhante: de janeiro a dezembro, houve 1.664 relatos de mulheres que morreram depois de dar entrada em hospitais por complicações relacionadas à interrupção da gravidez.<sup>10</sup>

Ressalta-se que não importa se houve complicações ou não tanto a gestante, quanto quem provocou o aborto, respondem pelas condutas tipificadas no artigo 124 do Código Penal, desde que devidamente identificadas.

Já os artigos 125 e 126 do Código Penal a tipificação volta para quem comete o aborto, seja com ou sem o consentimento da gestante.

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

Nesses casos ficam demonstrados dois elementos fundamentos na conduta descrita pelos dispositivos mencionados; o primeiro é o fato de ser provocado sem o consentimento e o segundo provocado com o consentimento da própria gestante.

Assim, a demonstração do querer da interrupção da gravidez fica iminente, a concordância denota a vontade, o querer da genitora em relação a não continuidade da gestação.

No aborto consentido, a gestante apenas consente a prática delitiva, sendo que, quem executa é o terceiro. Entretanto, o terceiro ao realizar o aborto consentido, previsto neste artigo, não responderá pelo artigo 124 do Código Penal, mas sim pelo delito do artigo 126 do mesmo Códex, já que existe previsão expressa que separa os dois crimes, para a gestante, que consente, e para o terceiro, que é quem o pratica.<sup>11</sup>

Quando se fala em não consentimento se tem a conduta mais gravosa do crime de aborto, pois a interrupção da gravidez se dá sem que a gestante tenha conhecimento. Ou quando tem o conhecimento, não consegue manifestar sua

<sup>10</sup>FOMENTI, Lígia. Diariamente, 4 mulheres morrem nos hospitais por complicações do aborto - Jornal- Estadão. Edição Eletrônica. Disponível em [http://saude.estadao.com.br/noticias/ geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281](http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281). Acesso em 24 ago 2019

<sup>11</sup> VIANA, André de Paula. **Tipos de aborto**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17100&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17100&revista_caderno=3). Acesso em 24ago 2019.

vontade, permitindo que um terceiro utilize de meios para realiza-lo, sendo indispensável considerar o contido no parágrafo único do artigo 126, que estabelece os casos de aumento de pena.

Novamente importantes são as considerações de Fernando Capez:

A ausência do consentimento da vítima é elementar do tipo penal, ou seja, o delito do artigo 125 apenas se configura quando não existe o consentimento da gestante na realização da manobra abortiva. Caso exista consentimento por parte desta, não se configura este delito, ao contrário, haverá novo enquadramento jurídico – responderá a gestante pelo delito do art. 124, enquanto que o terceiro responderá pelo delito do artigo 126.<sup>12</sup>

É possível sim a tentativa, como, por exemplo, no caso em que foi realizada a manobra abortiva, até mesmo expulsando-o do ventre materno, entretanto o feto ainda permanece com vida. Como pode ser comprovado por meio da jurisprudência que segue na qual inclusive reconhece a possibilidade de prisão preventiva:

Atendidos os requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, bem como presentes os pressupostos e ao menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, nos casos de tentativa de aborto, não havendo que se falar em sua revogação, notadamente em razão da necessidade de proteção da integridade da vítima- o feto.. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar quanto presentes os fundamentos para justificar sua manutenção. Precedentes do STF e STJ.<sup>13</sup>

Da leitura da jurisprudência a prisão no caso da tentativa, ainda que na modalidade preventiva, foi reconhecida diante da necessidade de preservação da vida que está por vir.

Existem ainda os casos em que o aborto é permitido, os casos denominados de aborto necessário dos quais a conduta é legalizada considerando os casos concretos bem como a finalidade da medida tomada em prol da preservação da vida da gestante ou mesmo para evitar um mal maior.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito à vida em sua integralidade, sendo, pois, criminalizado o aborto, para proteger a vida do feto e todo ataque à vida do embrião significa uma violação do direito à vida.

---

<sup>12</sup>CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017,p.108..

<sup>13</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.007499-1/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017). Acesso em 27 out 2018.

Nesse cenário o atual Código Penal Brasileiro prevê punição para aqueles que atentem contra a vida do embrião, com penas que vão de 01 (um) a 10 (dez) anos de prisão, estando classificados no rol dos crimes contra a vida demonstrando claramente que a lei brasileira reconhece o feto como uma pessoa viva.

Isso se dá para a preservação da dignidade da pessoa humana que pode ser considerado como o valor maior da vida humana como expressa Elpidio Donizete:

A dignidade humana é o valor supremo a ser buscado pelo ordenamento jurídico, é o princípio basilar a partir do qual decorrem todos os demais direitos fundamentais – norma fundante, orientadora e condicional, não só para a criação, interpretação e aplicação, mas para a própria existência do direito (nela se assenta a estrutura da República brasileira).<sup>14</sup>

O Direito é uma ciência que busca normatizar e ajustar as condutas dos indivíduos na sociedade, desse modo pode ser vista como um conjunto de normas impostas pelo Estado com o intuito de fazer com que a convivência na sociedade se dê de forma harmônica entre todos, mesmo que isso envolva questões que vão ao encontro de direitos personalíssimos, como a capacidade de escolha e interrupção da vida.

A conduta tipificada no artigo 124 es seguintes do Código Penal Brasileiro, seus tipos e quando há permissão legislativa. Aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez, seja com ou sem consentimento da gestante, a conduta é realizada no momento que a gestação é interrompida sem que seja de forma natural.

Tema controvertido o aborto pode ocorrer em qualquer tempo da gestação:

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção. Este passa por várias fases durante a gravidez, sendo chamado de ovo nos dois primeiros meses, de embrião nos dois meses seguintes e, finalmente, de feto no período restante. O aborto é possível desde o início da gravidez, contudo o momento exato em que esta se inicia é tema extremamente controvertido, pois, para alguns, dá-se com a fecundação e, para outros, com a nidação (implantação do óvulo fecundado no útero).

Nota-se que a partir do momento que há a expulsão do embrião e conseqüente morte a conduta do aborto se perfaz, a tipificação da conduta está em interromper a

---

<sup>14</sup> DONIZETE, Elpidio **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em <https://elpiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em 20 ago 2019.

gravidez, ou seja com a morte do feto. Ou ainda, pode ser entendido num sentido legal como:

A expulsão do produto da concepção antes do parto. Ou seja, no aborto, a proteção legal se volta para o produto da concepção, ou seja, o feto ou embrião vivo. Esse ato, em regra, é ilegal. Portanto, é criminoso o ato de retirar do útero de uma mulher o feto ou embrião vivo.<sup>15</sup>

Para Fernando Capez enfatiza que para a tipificação legal da conduta não importa o tempo de gestação, sendo indispensável que não haja mais feto. Assim, é indiferente se o aborto ocorre com um embrião.

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.<sup>16</sup>

A tipificação dada pelo Código Penal está assentada no artigo 124 que assim o descreve: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos” Da leitura do dispositivo mencionado o objeto do aborto é o feto, a saber, a interrupção da continuidade da gravidez e consequente morte do feto.

O sujeito ativo da conduta pode ser tanto a gestante como aquele que praticou a conduta de abortar, pois pode haver o consentimento ou não da gestante, ser provocado por ela ou por terceiros, conforme condutas descritas nos artigos referentes ao aborto a partir do artigo 125 do Código Penal que serão estudados a seguir.

## 1.2 Dos tipos de aborto: aborto necessário e aborto sentimental

A legislação brasileira determina quais são as condutas que não é criminalizada, assim o entendimento é de uma possibilidade de aborto legalizado, elencados pelo artigo 128 do Código Penal que assim expressa:

<sup>15</sup> SANTOS, Pedro. **O direito e o direito ao aborto**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4308.pdf>. Acesso em 04 set 2019

<sup>16</sup>CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.108..

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.<sup>17</sup>

Nesses casos o entendimento do legislador se deu no sentido de que a possibilidade do aborto causará um bem maior a vida da gestante do que o prosseguimento da gestão, seja ela nos casos de estupro ou mesmo quando não existe outra maneira de salvar a vida da mãe que está em perigo.

Essa modalidade abortiva, como encontra amparo legal deve ser realizada pelo Sistema Único de Saúde em todo território nacional, dentro dos critérios aqui estudados de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que se deve evitar qualquer tipo de constrangimento a essa gestante.

Não há aqui a afirmativa que uma vida é mais ou menos importante que a outra, quando se tem a permissão do aborto nos casos de risco da mãe, o entendimento é que essa poderá exercer a maternidade futura, seja com filhos biológicos ou adotados.

A jurisprudência aceita esse tipo de aborto, e também deve ser realizado pelo Sistema Único de Saúde. Não identificando no caso concreto o risco iminente para a gestante o aborto não será autorizado, veja a jurisprudência colacionada>

A interrupção da gravidez é tipificada no Código Penal, que estabelece, todavia, duas exceções, o aborto terapêutico ou necessário, quando há sério e grave perigo para a vida da gestante e o aborto humanitário, quando a gravidez resulta de estupro. - O aborto terapêutico somente tem cabimento quando necessário para salvar a vida da gestante, não sendo suficiente, para tanto, a existência de gravidez de risco. - Afastada a hipótese de aborto necessário, ilegítimo o seu consentimento com base na tese do aborto eugenésico, porquanto o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo permissivo legal para a interrupção da gestação, em caso de má formação de nascituro. - De acordo com a orientação médica, o aborto provocado só é recomendável até 18 semanas de gestação, o que não ocorre no presente caso.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> BRASIL, CÓDIGO PENAL. *VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.518.

<sup>18</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS -TJMG - Apelação Cível 1.0459.16.000396-6/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/05/2018, publicação da súmula em 17/06/2018

Outra forma permissiva do aborto é quando a gravidez foi originada de estupro e nesses casos deve existir, quando a gestante for menor de idade, o consentimento de seu representante legal.

o caso de aborto necessário, também conhecido por aborto terapêutico ou profilático, não temos dúvida em afirmar que se trata de uma causa de justificação correspondente ao estado de necessidade. [...] Isto porque, segundo se deduz da redação do inciso I do art. 128 do Código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. [...] Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade, desde que presentes todos os seus requisitos, elencados no art. 24 do Código Penal<sup>19</sup>.

Fernando Capez explica esse tipo de aborto, quando é fruto de relação sexual indesejada ou violenta, estupro:

Trata-se do aborto realizado pelo médico nos casos em que a gravidez decorre de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho fruto de um coito vagínico violento, tendo em vista os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar. O art. 128, II, do CP não fazia distinção entre o estupro com violência real ou presumida (revogado art. 224 do CP), concluindo-se que esse último estaria abrangido pela excludente da ilicitude em estudo.<sup>20</sup>

Da análise da APDF 54 viu-se que houve a legalização do aborto dos portadores de anencefalia, mesmo não constante do texto legal do artigo 128 do Código Penal que então passou a permitir o aborto no caso dos anencefálicos por entender que nesses casos as chances de sobrevivência são praticamente inexistentes.

Importante consideração sobre o aborto legalizado ou necessário foram as considerações da Arguição de cumprimento de preceito fundamental – APDF-54 a qual introduziu no rol das condições de aborto necessário os casos dos fetos portadores de anencefalia.

Segundo o relator da ação o aborto dos fetos com anencefalia não pode ser considerado como criminosos. Assim disse o relator:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a

<sup>19</sup> GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 258.

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.105

interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello;<sup>21</sup>

Desse modo, não pode ser criminalizada nos moldes dos artigos 134 e 126 do Código Penal o aborto de anencefálico.

---

<sup>21</sup> BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 29 out 2019

## CAPÍTULO II: MICROCEFALIA E BIOÉTICA

O direito à vida é voltado a todos no sentido de proteção e cuidado com todos os cidadãos dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e conforme Alexandre de Moraes é função do jurista dar o resguardo que os indivíduos necessitam para que esse direito possa efetivar com integralidade.

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, “do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez...e assegura, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia como posteriormente analisados<sup>22</sup>

Dessa feita, a partir de então passaremos a dissertar sobre o direito à vida enquanto garantia constitucional, bem como a liberdade de escolha e as teorias de concepção da vida reconhecidas por nosso ordenamento jurídico.

### 2.1 O uso da bioética em casos de aborto e as teorias de concepção da vida

É inimaginável o entendimento em igualar o aborto dos portadores de microcefalia aos portadores de microcefalia.

A vida é permeada de resguardo por todo ordenamento jurídico desde a concepção indo até mesmo após a morte. A bioética cuida desses tipos de discussões no ordenamento jurídico de modo a dirimir quaisquer problemas existentes.

A bioética ocupa-se, principalmente, dos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, do transplante de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.88.

<sup>23</sup> FOSSA, Alice Nader, **A LEGITIMIDADE DO ABORTO EM CASOS DE MICROCEFALIA – uma análise à luz da bioética**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/47536/a-interrupcao-da-gravidez-no-caso-de-feto-com-microcefalia-violao-o-direito-a-vida>. Acesso em 25 out 2018

Entender as teorias de concepção da vida nesse momento do estudo é importante para compreender os posicionamentos que são favoráveis e contrários ao crime de aborto.

De acordo com os critérios da personalidade jurídica é inconcebível o entendimento que poderá ser analisada isoladamente, visto que o direito à vida determina proteção integral e irrestrita a pessoa humana, mesmo aquelas que ainda nem nasceram, como ocorre com os nascituros.

Coadunando com a teoria da personalidade condicionada, Washington de Barros Monteiro conceitua:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.<sup>24</sup>

Diante do contido sobre a regulamentação do direito à vida, pergunta-se quando se dá o início dessa proteção jurídica, ou seja, quando a vida inicia. No Brasil, três principais correntes estão presentes e serão estudadas individualmente a partir daqui.

Num primeiro momento volta-se a intitulada teoria concepcionista que afirma haver personalidade jurídica desde a concepção, diante da carga genética embrionária que é transportada ao embrião naquele momento. Assim, o único momento de transportar informações ao feto é na concepção.

As evidências científicas e recentes avanços não só indicam que o início da vida ocorre na concepção como nos trazem muitas formas de ver isso. Se partirmos da simples descrição biológica vemos que é na concepção ou fertilização, com a união dos gametas, que passa a existir um novo DNA. Um embrião é formado ainda fora do útero materno. Esse embrião carrega toda sua carga genética, ou seja, nenhuma informação genética é passada ao embrião ou o feto após este marco da concepção.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> DEROSA, Marlon **elementos de concepção da vida.** Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/7385/as-evidencias-do-inicio-da-vida-na-concepcao-vs-opinioes-e-subjetividades/>. Acesso em 18 out 2019

<sup>25</sup> DEROSA, Marlon **elementos de concepção da vida.** Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/7385/as-evidencias-do-inicio-da-vida-na-concepcao-vs-opinioes-e-subjetividades/>. Acesso em 18 out 2019

Nesse sentido, uma parte daqueles que defendem essa teoria de concepção da vida ou do marco inicial da vida humana, também se justifica por critérios religiosos.

Veja a citação abaixo:

Os fundamentos desta teoria são os mais diversos possíveis, sendo o de cunho religioso o mais expressivo deles. Dessa forma, a Igreja Católica defende que o seu início é marcado pela alma, isto é, quando o feto recebia a alma passava a existir vida, proibindo o aborto em qualquer fase, já que a alma passa a pertencer ao novo ser no preciso momento do encontro do óvulo com o espermatozoide. Para estes ocorria a chamada “animação imediata”, ou seja, o identificavam com o momento da concepção, São Gregório Niseno<sup>[3]</sup> é um dos defensores dessa teoria<sup>26</sup>

Assim, para a teoria concepcionista além da argumentação da herança genética passada no momento da concepção, entende-se ainda, que a fecundação do óvulo é traduzida como o marco que deu início a existência daquela vida humana, própria e específica, que será única e própria conforme a carga genética recebida através da fecundação

portando, além do fundamento de que o zigoto possui patrimônio genético próprio da espécie humana, outro argumento corrente entre os que defendem ser a fecundação o marco inicial da pessoa, é a potencialidade, ou seja, o fato do óvulo fecundado trazer consigo a “capacidade de realizar seu destino humano”<sup>[5]</sup>, que se desenvolverá em fases sucessivas. Segundo este entendimento, “não é a forma semelhante à de um adulto, ou o fato de já haver ocorrido ou não a instalação de órgãos e funções, que deve prevalecer na decisão de humanidade de um indivíduo, mas sim a constatação de sua capacidade de produzir-se a si mesmo”<sup>27</sup>

Num outro tipo de entendimento na concepção natalista o direito de personalidade do nascituro se dá a partir do momento que o nascituro começa com os primeiros batimentos cardíacos já são revestidos de personalidade jurídica.

Nessa corrente encontram-se Pablo Stolze que diz:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 16 out2019.

<sup>27</sup> CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 16 out2019.

<sup>28</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81

Roff Madaleno sobre a teoria natalista também diz do entendimento do nascimento com vida para a partir de então considerar a a personalidade do indivíduo. “A corrente *natalista* difunde como ponto de partida da existência humana o nascimento com vida, não havendo como atribuir personalidade ao nascituro, não obstante a lei proteja seus direitos desde a sua concepção”<sup>29</sup>

De igual forma Flavio Tartuce diz que para a teoria natalista deve haver um sopro de vida para que se reconheça os direitos de personalidade do nascituro, ou seja, somente a partir desse momento é que pode reconhecer a existência de vida e ser resguardada pelo ordenamento jurídico.

Para essa teoria o nascituro sequer tem direitos fundamentais garantidos: “a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”<sup>30</sup>

Em conformidade com a teoria natalista o nascituro deve nascer com vida para que seja sujeito de direito, mas reconhece a necessidade. Todavia no que tange aos alimentos ao nascituro, declina ao reconhecimento da teoria concepcionista diante do fato da legislação prever os alimentos ao nascituro.

A Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008, dá vida à *teoria concepcionista* ao reconhecer, agora sim, por expresse texto legal, o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da *teoria natalista*, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido. Venceu, portanto, a evidência do bom senso ao enumerar no artigo 1.694 do Código Civil uma nova modalidade de alimentos, consistente no direito alimentar do nascituro, denominado alimentos gravídicos e disciplinado pela Lei n. 11.804/2008. Esta já vinha sendo a tendência jurisprudencial e doutrinária brasileira, porque não haveria como atender ao preceito constitucional do fundamental direito à vida, à saúde, à alimentação.

Interessante dizer que mesmo que a teoria natalista tenha o entendimento de que o que está por nascer seja um mero detentor de expectativa de vida a legislação reconhece sua personalidade jurídica. Por isso grandes discussões se dão ante essa teoria.

<sup>29</sup> MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018., p.810

<sup>30</sup> TARTUCE, Flavio **Manual de Direito Civil**, 4ª ed, São Paulo: Método, 2017, p.79

Desta forma concluem-se os defensores da teoria natalista, que está deve ser a tese acolhida em nossa legislação, apesar de grande discussão e eminentes doutrinadores que defendem outras teorias. Defendem o princípio da personalidade a partir do nascimento com vida, mesmo que venham a falecer segundos posteriores ao fato, sendo doravante produzidos os efeitos jurídicos da aquisição da personalidade, porém ressalta-se que deve ser considerado como existente desde sua concepção para o que for juridicamente proveitoso.<sup>31</sup>

Como demonstrado ao contrário da teoria natalista para os concepcionistas a personalidade jurídica é adquirida desde o nascimento ou o direito de família não reconheceria a possibilidade de alimentos ao nascituro, principalmente pelos motivos que regulam esses alimentos que é a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana.

Assim, não apenas o reconhecimento da personalidade jurídica após a concepção, mas, de igual maneira, estende o entendimento no sentido de afirmar que já no ventre materno deve ser tratado nos padrões constitucionais descritos pela dignidade da pessoa humana.

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir a capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.<sup>32</sup>

O principal ponto de divergência entre os concepcionistas e os natalistas diz respeito ao aborto, já que para essa teoria a qualquer tempo o aborto deve ser criminalizado, ao contrário dos natalistas que defendem que só a partir da formação do aparelho respiratório e cardíaco.

Das duas teorias apresentadas com entendimentos que as unem tem-se a teoria da personalidade condicional. Para esse entendimento é possível obter o raciocínio de que há o reconhecimento da personalidade desde a concepção, porém condicionada ao nascimento com vida.

Essa teoria apresenta críticas severas, apesar de ser a que mais seja próximo da realidade social vivida.

---

<sup>31</sup> FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12463&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7) Acesso em 15 agosto 2019

<sup>32</sup> ALMEIDA, Silmara J.A. Chinellato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.78.

A teoria da personalidade condicional é a mais completa, a que mais se aproxima da realidade, contudo, peca em afirmar que a personalidade está ligada ao nascimento com vida, sendo uma inverdade visto que a personalidade é adquirida desde a concepção, dizendo, ainda, que a condição do nascimento é requisito para a consolidação da capacidade jurídica, tornando válidos os negócios jurídicos.<sup>33</sup>

Diante de todas as teorias apresentadas entende-se a teoria concepcionista a mais apropriada, reconhecendo a personalidade jurídica desde a concepção. O Direito Civil segue essa ordem, no momento em que reconhece os direitos do nascituro aos alimentos.

Não é entendimento pacificado na jurisprudência, já que em alguns casos como alimentos, sucessões a teoria concepcionista está presente, enquanto em outros casos entendem como condição o nascimento da criança com vida para que possa ser dotada de personalidade jurídica.

## 2.2 A microcefalia

A microcefalia é entendida e conceituada pelo Ministério da Saúde como sendo “uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Essa malformação pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e infecciosas, além de bactérias, vírus e radiação”.<sup>34</sup>

Já a Organização Mundial da Saúde, por seu turno classifica a microcefalia em uma outra subespécie chamada de microcefalia grave:

**microcefalia:** recém-nascidos com um perímetro cefálico inferior a 2 desvios-padrão, ou seja, mais de 2 desvios-padrão abaixo da média para idade gestacional e sexo;

**microcefalia grave:** recém-nascidos com um perímetro cefálico inferior a 3 desvios-padrão, ou seja, mais de 3 desvios-padrão abaixo da média para idade gestacional e sexo<sup>35</sup>.(Grifei)

---

<sup>33</sup> FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro.** Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12463&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7) Acesso em 15 out 2019

<sup>34</sup> BRASIL, MINISTERIO DA SAÚDE. **Microcefalia.** Disponível em <http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em 15 out 2019

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE -OMS

A microcefalia possui relação direta com a infecção das mães por mosquitos transmissores de doenças virais, como a dengue, zika vírus e Chikungunya. Todas essas doenças transmitidas pelo mosquito *Aedes Aegypti*.

O Brasil desde maio de 2015 tem aumentado os casos de microcefalia, especialmente no nordeste brasileiro, sem que isso tenha qualquer justificativa científica para esse aumento de casos na região, fazendo com que medidas de proteção fossem aplicadas às gestantes de todo país.

O risco maior da infecção em gestantes ocorre no primeiro trimestre de gestação fazendo com que sejam ainda aplicadas mais medidas preventivas, como o uso de repelentes, cortinados.

Da microcefalia são diversas as doenças que são decorrentes, fazendo com que a criança tenha atendimento adequado e diferenciado. Advertindo que os sintomas são variados de acordo com a má formação do cérebro.

A microcefalia pode ser acompanhada de epilepsia, paralisia cerebral, retardo no desenvolvimento cognitivo, motor e fala, além de problemas de visão e audição. Cerca de 90% das microcefalias estão associadas com retardo mental, exceto nas de origem familiar, que podem ter o desenvolvimento cognitivo normal. O tipo e o nível de gravidade da seqüela vão variar caso a caso. Tratamentos realizados desde os primeiros anos melhoram o desenvolvimento e a qualidade de vida da pessoa<sup>36</sup>.

É preciso destacar que ainda que não tenha um tratamento específico que atenda a todos os portadores de microcefalia, é possível diminuir os sintomas relacionadas a má formação cerebral com medidas adequadas e tratamentos acertados para isso.

Normalmente a criança precisa de fisioterapia por toda a vida para se desenvolver melhor, prevenindo complicações respiratórias e até mesmo úlceras que podem surgir por ficarem muito tempo acamadas ou numa cadeira de rodas. Todas estas alterações podem acontecer porque o cérebro precisa de espaço para que possa atingir o seu desenvolvimento máximo, mas como o crânio não permite o crescimento do cérebro, suas funções ficam comprometidas, afetando todo o corpo. A microcefalia pode ser classificada como sendo primária quando os ossos do crânio se fecham durante a gestação, até os 7 meses de gravidez, o que ocasiona mais complicações

---

<sup>36</sup> BRASIL, MINISTERIO DA SAÚDE. **Microcefalia**. Disponível em <http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em 15 out 2019

durante a vida, ou secundária, quando os ossos se fecham na fase final da gravidez ou após o nascimento do bebê.<sup>37</sup>

Mais ainda não há qualquer condenação à morte a criança que nasce com microcefalia, não há qualquer discussão nesse sentido. Ainda que as consequências possam ser graves não significa que o resultado final será o óbito dessa criança

Uma criança que nasce com microcefalia por conta da Zika, não estão condenadas a uma vida sem vida. Mas podem estar condenadas a uma vida muito menos autônoma, muito menos cidadã, muito mais restritiva por conta das barreiras sociais que já deveriam ter sido derrubadas e não foram.<sup>38</sup>

A necessidade que se impõe no caso das crianças com microcefalia está na necessidade de tratamento e de maior dedicação e atenção para com eles, por isso a mães desses microcefálicos fazem jus ao recebimento do Benefício da Prestação Continuada, para que possam estar voltada aos cuidados com seus filhos.

As mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* contratadas pelo regime Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) terão a ampliação da licença-maternidade de 120 dias para 180 dias. Além disso, as famílias com crianças com microcefalia poderão receber o benefício de prestação continuada (BPC) por até três anos. O auxílio é de um salário mínimo, garantido pela Previdência Social. Os benefícios são garantidos pela lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016, que estabelece medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito *Aedes aegypti*, transmissor da dengue, Zika e chikungunya.<sup>39</sup>

Além disso, as causas determinantes da microcefalia podem variar de criança para criança, dependendo do estímulo que ela recebe. O tratamento dado é quem vai revelar de que forma essa criança se desenvolverá.

---

<sup>37</sup>BELTRAME, Beatriz. **Entenda o que é microcefalia e quais são as consequências para o bebê.** Disponível em: < <http://www.tuasaude.com/microcefalia/>> Acesso em: 09 de out 2019

<sup>38</sup> BRUM, Eliane. **Sobre aborto, Deficiência e limites,** 2018. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965\\_851244.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965_851244.html)> Acesso em 09 out 2019

<sup>39</sup> BRASIL, MINISTERIO DA SAÚDE. **Microcefalia.** Disponível em <http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em 15 out 2019

### 2.3 Direito à vida

O direito à vida é voltado a todos no sentido de proteção e cuidado com todos os cidadãos dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e conforme Alexandre de Moraes é função do jurista dar o resguardo que os indivíduos necessitam para que esse direito possa efetivar com integralidade.

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, “do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez...e assegura, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia como posteriormente analisados<sup>40</sup>

Dessa feita, a partir de então passaremos a dissertar sobre o direito à vida enquanto garantia constitucional, bem como a liberdade de escolha e as teorias de concepção da vida reconhecidas por nosso ordenamento jurídico.

Nesse ponto são as considerações de Bulos as quais se tornam pertinentes nesse momento:

Anunciar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor soberano na ordem constitucional, que orienta, confirma e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais<sup>41</sup>

O direito à vida em sua melhor acepção além de entender que a morte não deve ser provocada com amparo pelo ordenamento jurídico a vida deve ser protegida em todos os seus sentidos e aspectos.

Conforme assevera Alexandre de Moraes o direito à vida é o mais importante de todos os direitos garantidos pela Constituição da República. Para ele é tido como pré-requisito para que os demais direitos constitucionais possam existir:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-

<sup>40</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.88.

<sup>41</sup> BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p.573.

requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente.<sup>42</sup>

Prossegue o autor em dizer que o direito à vida vai além de simplesmente viver e sim estar dentro dos limites da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que norteia todo o ordenamento jurídico principalmente no que se refere ao direito à vida.

Já não é de hoje que os princípios gerais do direito incitam numerosas discussões no ordenamento jurídico. Isso ocorre devido à importância do estudo dos princípios para diferentes disciplinas, cuja teorização importa muito ao mundo do Direito. Como advertiu Paulo Bonavides, "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo".<sup>43</sup>

Importante, nesse momento estabelecer a conceituação de princípio para um melhor entendimento:

Da análise do próprio termo *princípio*, sói perceber quão amplas poderiam ser as noções expostas por quem objetivasse elaborar um conceito a ele. E isto se dá, em razão do caráter multifacetário e polissêmico do termo princípio.<sup>44</sup>

Muito se discute sobre a força normativa que os princípios possuem no ordenamento jurídico, sobretudo se sobrepõe ou não ao direito à vida.

Em que pese à expressão princípio ter como uma de seus atributos a existência de uma indeterminação conceitual e dimensional, o certo é que, na atualidade, na fase interpretativa-constitucional em que existimos, os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja conferido o foque, auferiram, ou melhor, tiveram reconhecido seu imenso grau de juridicidade.

Diante disso, o direito à vida, ainda que não seja hierarquicamente superior aos outros, exhibe estima decisiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que é imperativo para a obtenção de outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, quando o direito à vida entrar em conflito com outro direito, este último, ante a circunstância fática, deve-se mostrar definitiva, para que se releve a não

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.312.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 231.

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 159.

observância do direito à vida. O direito à vida exerce função fundamental na ordem jurídica brasileira, devendo, por isso, deve sempre ser conservado.

### **CAPÍTULO III: A IMPOSSIBILIDADE DE ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA**

O aborto dos anencefálicos é permitido no Brasil desde que comprovada a inexistência do órgão ou do sistema neural levando o feto a consequente morte após o nascimento.

Nesses casos abre-se para a excepcionalidade da medida que como já descrito ao longo da pesquisa é proibida pela lei penal, de modo claro, afirmando que nos casos que não são justificáveis legalmente a realização do aborto infere-se como conduta criminosa.

Esse tem sido o entendimento sobre o aborto dos anencefálicos ser medida única e excepcional em direito admitido.

nos casos de anencefalia, é certa a morte no máximo poucos dias após o nascimento. Ou seja, é certo que esta relação de filiação, tão fundamental para qualquer ser humano, jamais permanecer além de poucos dias angustiosos a espera de seu término.<sup>45</sup>

Não cabe, portanto, qualquer entendimento no reconhecimento de agir com base no aborto eugênico, nos casos de anencefalia como medida a resguardar o aborto dos portadores de microcefalia.

Ora, o avanço na medicina e novas tecnologias implementadas fazem com que cada vez mais ampliem os casos em que as sequelas deixadas pela microcefalia sejam amenizadas pelo tratamento correto.

É certo que as crianças com microcefalia não estão condenadas a morte, conforme assevera Débora Lyra:

Em se tratando dos casos de crianças com microcefalia é uma questão completamente distinta, contudo, doutrinadores se utilizaram de analogia para que o aborto fosse permitido em ambos os casos. No caso da microcefalia, as crianças nascem com deficiência, é uma malformação cerebral de nível bastante distinto do caso de anencefálicos, pois, no primeiro caso, existe expectativa de vida, pois as crianças podem se desenvolver e ter uma vida plena. O simples fato de ter uma “doença mental não torna essa vida mais ou menos significativa. É aí que a sociedade brasileira falha miseravelmente.<sup>46</sup>

---

45

46 LYRA, Débora. **O aborto no caso dos portadores de microcefalia- impossibilidade.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77599/o-aborto-e-a-microcefalia>. Acesso em 6 nov 2018

Diante disso é possível dizer que os casos de microcefalia são completamente diferentes dos casos de anencefalia, com característica genéticas e biológicas totalmente distintas. Referem-se a anomalias que ocorrem ainda durante a gestação, mas não são em nada parecidas principalmente ao reconhecer que a criança com microcefalia tem tratamento e a outro vai morrer.

Tanto nos casos de microcefalia quanto nos casos de anencefalia o julgamento feito diante das deficiências apresentadas é injusto, já que antes de analisar a vida como um todo, nos parâmetros de igualdade e de dignidade da pessoa humana os olhares se voltam as deficiências apresentadas

Desde os primórdios do desenvolvimento da humanidade vemos as pessoas com deficiência serem tratadas como indesejadas, fato que é bastante injusto, pois cada pessoa tem as suas limitações, portanto não é possível dizer que uma vida digna é a sem limites de ordem física ou psíquica. Por essa razão, o aborto em fetos em que foram detectados a microcefalia ou outras deficiências congênitas é definitivamente forma de interrupção da vida de um ser humano que poderia ter uma vida digna adequada à sua condição genética.<sup>47</sup>

Ainda que prevaleça o entendimento que o Estado deve promover ações para minimizar ou mesmo para dissipar o aumento da microcefalia não é na aprovação do aborto que ganhará respaldo.

Cabe ao Estado agir com medidas de proteção e de combate a forma de proliferação das doenças virais que causam a microcefalia, até mesmo porque a microcefalia também é ocasionada por disfunções genéticas e outros motivos que não a transmissão do vírus da Zika.

Existem temores no sentido de entender que a permissão do aborto dos portadores de microcefalia abre precedentes em admitir outras formas abortivas sob a argumentação que ter filhos que merecem cuidados especiais justificam a medida tomada pela gestante.

Há o temor de um retorno da eugenia, visto que permitir o abortamento no caso da microcefalia abriria hipótese para outras doenças, como Síndrome de Down e Edwards, além de outras doenças que também são responsáveis pelas sequelas da microcefalia, como a Síndrome de Patau, de forma que

---

<sup>47</sup> LYRA, Débora. **O aborto no caso dos portadores de microcefalia- impossibilidade.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77599/o-aborto-e-a-microcefalia>. Acesso em 6 nov 2018

seria possível estender por analogia a permissão do aborto para outros tipos de deficiência<sup>48</sup>

Portanto, não há no ordenamento jurídico medida que justifique a possibilidade de aborto dos portadores de microcefalia tomando por base os anencefálicos e a expectativa de vida que existe para aqueles que são microcefálicos.

Esta é a principal diferença da microcefalia para anencefalia, a expectativa de vida extrauterina, enquanto que anencéfalos têm pouquíssima ou nenhuma chance de sobrevivência fora do útero materno, aqueles com microcefalia possuem grande chance de sobreviverem e terem uma vida saudável.<sup>49</sup>

Entender da possibilidade de aborto nos casos dos portadores de microcefalia pode ocasionar entendimentos que, como já mencionado, inclua outros tipos de deficiência como medida para justificar o aborto, e esse fato não deve ser flexibilizado diante das proibições já elencadas no Código Penal.

Esse tipo de procedimento estaria interrompendo a vida de um ser humano que está praticamente formado, sendo este um ato cruel e desumano que viola todos os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito constitucional à vida, sendo ambos pilares das normas estabelecidas na Constituição Federal

### 3.1 Princípios constitucionais aplicáveis

O ordenamento jurídico surge como forma de criar normas e regras com a finalidade de dar à sociedade formas de convivência e comportamento legais e via de consequência convivência harmoniosa entre os seres.

O direito passa a ser positivado e compreendido como normas de uma sociedade, seja em âmbito público ou privado, diante de uma realidade complexa, que demandam que o direito atue em searas diferentes.

O direito positivo entendido como um conjunto de normas de um determinado lugar em um dado tempo é uno e indecomponível, sendo a divisão em ramos como o direito público e o privado, uma divisão meramente acadêmica e largamente aceita por ser útil, não só para o aprendizado como também para

<sup>48</sup> FILHO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO. **Aborto de fetos com microcefalia não é tema para o STF.** disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acessado em 23 out 2019

<sup>49</sup> LYRA, Débora. **O aborto no caso dos portadores de microcefalia- impossibilidade.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77599/o-aborto-e-a-microcefalia>. Acesso em 6 nov 2018

a ciência. O direito é uma realidade complexa, cientificamente inapreensível, por isso requer cortes para ser conhecido e quanto mais específico o conhecimento, mais cortes são necessários. Assim, surgem os “ramos do Direito”, que nada mais são do que delimitações metodológicas realizadas por aqueles que pretendem conhecer o Direito. Com isso podemos dizer que não há qualquer ramo definido ontologicamente no Direito, enquanto dado-material; todos eles existem em função do conhecimento jurídico e dentro de outro plano, o da Ciência do Direito, como dado – formal.<sup>50</sup>

Falando em ordenamento jurídico e sua ideia de completude, não cabem espaços para lacunas legais, como aduz Norberto Bobbio:

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna” (num dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “falta de lacuna”.<sup>51</sup>

Diante da citação trazida percebe-se que o ordenamento jurídico deve, sempre, atuar em qualquer caso, sempre com uma norma adequada ao caso, ou seja o ordenamento jurídico é completo “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.”<sup>52</sup>

Outra característica ao ordenamento jurídico está pautada na unidade do ordenamento jurídico. Como já mencionado, trata-se de um conjunto de normas, ou seja, diferentes normatizações que compõem esse ordenamento tornando-o único, já que as normas se relacionam entre si em todo o sistema jurídico.

Desse modo, resta claro que o ordenamento jurídico é complexo, visto ser formado por normas diferenciadas, de vários ramos e que para a aplicabilidade devem ser escalonadas, para que não haja qualquer conflito de normas, quanto a sua aplicação.

Em considerando que existem normas jurídicas de planos diferentes, de áreas diferente de aplicação o ordenamento jurídico se consolida por meio da unidade entre as normas.

---

<sup>50</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.162.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.115.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.115.

Legitimado, o poder constituinte buscou elaborar normas consideradas válidas, voltadas às pessoas que são alcançadas pela norma constitucional. Isso faz com que toda a sociedade esteja abarcada por tais normas devendo cumpri-las e respeitá-las.

O ordenamento jurídico deve ser coerente para a aplicação das normas nele contido. Para aplicação do fato a norma qualquer tipo de antinomia jurídica seja sanada

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular. as antinomias podem ser aparente ou real. Será aparente quando os critérios para a solução pertencerem ao ordenamento jurídico. A antinomia será real quando não houver solução dentro do ordenamento, devendo ser editada uma nova norma afim de que seja eliminada.<sup>53</sup>

Assim, pela coerência do ordenamento jurídico não se admite que se tenham normas conflitantes. Exige-se do ordenamento o dever de coerência não se admitindo antinomias, sendo essa regra dirigida tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito.

E para isso os princípios são usados em sua amplitude. A dignidade é algo inerente a pessoa humana, ou seja, qualidade inseparável, que faz com que todos tenham direitos á apreço e estima de toda a sociedade e do Estado, surgindo assim direitos e deveres fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como um direcionamento para o Estado, de modo que este promova e assegure direitos que atendam às necessidades mínimas de cada cidadão.

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana protege todos os seres humanos, pressupõe direitos fundamentais que devem ser respeitados por toda a sociedade, e que devem ser principalmente assegurados pelo Estado.

Fruto de um amplo debate democrático a Constituição Brasileira de 1988 elegeu como direitos fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza entre outros valores de cunho fortemente social e humanista.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.469

<sup>54</sup> SCHREIBER, Anderson KONDER, Carlos Nelson , **Direito Civil constitucional**, São Paulo: Atlas, 2016, p.2

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios que constituem a República Federativa do Brasil, sendo indispensável como norteador para todo o ordenamento jurídico seja em qualquer seara do direito.

Alexandre de Moraes a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>55</sup>

Portanto, a dignidade da pessoa humana visa valorar aquilo que o ser humano tem de mais importante que está voltado para o íntimo do ser fazendo com que os direitos fundamentais sejam elevados, e que o direito atinja seus objetivos que é o de justiça.

### 3.2 A impossibilidade de interpretação extensiva

Os métodos de interpretação em direito reconhecidos estão disponíveis pela hermenêutica devendo ser utilizados considerados todos os demais elementos influenciadores da sociedade, tais como, economia, política, realidade social, ideologia dentre outros, na aplicação de leis

Nesse sentido Bulos assevera:” A hermenêutica- teoria científica que se incumbe de analisar os meios interpretativos- desenvolve, não raro, técnicas cujo objetivo é declarar o conteúdo, o alcance, o significado das disposições prescritas nos textos legais [...]”<sup>56</sup>

Acerca dos métodos utilizados para interpretação do texto constitucional, novamente temos Pedro Lenza:

[...] a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou

<sup>55</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.66.

<sup>56</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**- São Paulo: Saraiva, 2010, p.99.

premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares [...] <sup>57</sup>

Os métodos clássicos de interpretação constitucional deverão ser utilizados de forma sistêmica. As diferentes técnicas interpretativas não devem ser empregadas separadamente pelo exegeta, mas sim em conjunto, visto que inexistente hierarquia entre elas. Assim sendo, esses métodos precisam se misturar, para que o intérprete retire o sentido da lei e a empregue à realidade social sempre mutável.

O método de interpretação gramatical é também conhecido por literal, filológico, semântico ou léxico. Esse método tem por desígnio a apreciação do significado literal dos vocábulos que constam em lei.

A interpretação gramatical, também denominada filológica, literal, semântica, textual ou verbal, leva em cômputo os enunciados linguísticos do texto constitucional, por meio da análise da pontuação, etimologia e colocação das palavras a fim de revelar o sentido possível das mesmas. <sup>58</sup>

Através da interpretação gramatical se atribui significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional. Baseia-se na captação do sentido das palavras e o utiliza como limite da própria interpretação.

O método lógico procura encontrar o sentido e o alcance da norma, através de raciocínios lógicos, estabelecendo ampliações históricas e teleológicas. Assim, “Procura coerência e harmonia das expressões constitucionais. por meio de raciocínios dedutivos, sem considerar elementos de natureza exterior, perquire as normas em si ou em conjunto.” <sup>59</sup>

A interpretação se dá a partir de um problema concreto, assim é revestida de um caráter prático, buscando a solução dos mesmos.

Da tópica clássica, concebida como uma simples técnica de argumentação, a corrente restauradora, encabeçada por aquele jurista de Mogúncia, compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de

---

<sup>57</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018, p.69.

<sup>58</sup> MORAES, Guilherme Peña. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**, 4 ed. rev, ampl e atual. Rio de Janeiro: 2017, p129

<sup>59</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2ed., São Paulo: Saraiva.2010 p.335

maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente<sup>60</sup>

Quando o intérprete tem sua opinião formada sobre o tema, utiliza-se dos pressupostos subjetivos, para obter o sentido da norma. No entanto, se atua como mero mediador entre a norma e o caso concreto, faz uso dos chamados pressupostos objetivo.

A interpretação extensiva tende a ampliar o entendimento do legislador para que assim possa adequar o fato à norma existente. Em se tratando dos casos de aborto de bebês com microcefalia esse tipo de interpretação sequer pode ser aventado, já que a lei é clara no sentido proibitivo de qualquer modalidade de aborto.

A necessidade de realizar esse tipo de interpretação por aqueles que defendem tal possibilidade está baseada nos casos dos bebês que durante a gestação não possuem cérebro, os anencefálicos.

A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de aborto nesses casos>

Autorização judicial para interrupção de gravidez. Feto anencéfalo. Pedido negado em 1ª instância. O magistrado sentenciante não autorizou o aborto, por entender inexistir previsão legal, contemplando a lei hipóteses taxativas. Artigo 128, do Código Penal. Insurgência defensiva. Laudos médicos conclusivos. Fechamento do tubo neural, com ausência quase total da calota craniana. Feto comprovadamente anencéfalo. Aborto permitido. Exceção à proibição do chamado aborto eugênico. Decisão proferida pelo STF, na ADPF 54, por meio da qual se autorizou o aborto de anencéfalo, reconhecendo não haver vida passível de tutela penal, diante de inviabilidade integral de sobrevivência do ser nascido, quando desprendido da gestante. Dignidade da pessoa humana. Interrupção autorizada, caso ainda seja de interesse da postulante. Recurso provido.<sup>61</sup>

Esse entendimento não deve prosperar por nenhum tipo de razão principalmente quando analisado por esse prisma, veja que nesses casos a criança já nasce pra morrer, enquanto os portadores de microcefalia têm toda uma expectativa de vida pela frente.

Apoiar-se nos métodos de interpretação de leis, especialmente na interpretação extensiva, não deve prosperar, já que não há que se falar em adaptar o caso concreto

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. Rev e atual. . São Paulo: Malheiros, 2002, p.449

<sup>61</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJSP; Apelação Criminal 1000337-79.2016.8.26.0076; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bilac - Vara Única; Data do Julgamento: 20/09/2018; Data de Registro: 20/09/2018

à norma preexistente, pois a lei penal é clara com a conduta proibitiva do artigo 124 e seguintes e as condutas exceptivas no artigo 128.

Crianças que nascem sem cérebro são completamente diferentes de crianças com microcefalia, os estudos são frequentes nessa demonstração com tecnologias hábeis para identificar a diferença durante a gestação

### **3.3 A impossibilidade de analogia ao aborto de anencefálicos e o dever de solidariedade familiar**

Assim como não se aplica métodos de interpretação que visam contrariar o entendimento proibitivo da prática do aborto, também não há que assiste à aplicação da analogia.

O Direito Penal existe para proteger os direitos mais importantes do ser humano. Apenas os direitos mais básicos podem ser tutelados pelo Direito Penal. Dentre eles, claramente o direito a vida.

Somente a Lei pode prever situações em que o bem jurídico penalmente tutelado é lesado, no entanto, não existe crime. São as hipóteses de exclusão da tipicidade, excludentes de ilicitude ou da culpabilidade, não sendo possível, portanto ter entendimento de aplicação de analogia aos casos de aborto dos portadores de microcefalia.

A dignidade da pessoa humana é traduzida como respeito à vida humana num sentido geral, é permitir que se tenha condições de usufruir todas as políticas públicas inerentes aos seres humanos e reivindicar novas políticas quando necessário.

É função da família conjuntamente com as políticas públicas dar o cuidado necessário ao portador de microcefalia.

Dentro dessa concepção de função social da família e o reconhecimento do papel de cada um dos membros que a constitui surge o dever da solidariedade familiar.

Cabe aos entes familiares fazer com que a proteção seja efetiva num conceito amplo. “É a família que protege econômica e afetivamente seus membros quando eles não recebem recursos suficientes para suprirem suas necessidades vitais de sobrevivência”<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 522

Portanto o dever de solidariedade está voltado também para a consagração do direito de igualdade e de dignidade da pessoa humana, dando a todos os familiares e os que cuidam dos menores o dever de contribuir para o pleno desenvolvimento, nos moldes do contido da função social da família. Sobre a solidariedade familiar Rolf Madaleno diz:

Solidariedade familiar obriga parentes, cônjuges e conviventes a se auxiliarem reciprocamente através de alimentos, ou com relação ao dever de cuidados físicos e morais, servindo a família como principal instrumento capaz de levar ao efetivo desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, devendo ser protegida para atender a sua função social de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros.<sup>63</sup>

Dessa forma, a solidariedade familiar está diretamente relacionada com a função social da família especialmente, por um compromisso moral para com os seus integrantes, tendo em conta que os laços de confiança, afeto e solidariedade são as colunas da existência e do desenvolvimento, que colocam os apoios da construção do valor humano e profissional.

Deve-se, portanto, não se voltar para a interrupção da vida nesses casos, e sim fazer com que o Poder Público de um modo geral esteja investindo em pesquisas, cuidados e outras formas de dar ao portador de microcefalia a vida digna que merecem.

Reconhecer a aplicação da analogia junto a APDF 54 para os casos de aborto dos portadores de microcefalia contraria diretamente o entendimento de que além de ser proibido, como demonstrado a família tem o dever de cuidado não justificando o motivo do aborto.

---

<sup>63</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 712

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sempre que o assunto é a prática do aborto pressupõe a existência de discussões tanto na sociedade quanto no meio jurídico, pois os entendimentos levam a questões de moral e ética, ligadas as determinações legais.

A conduta é vedada pelo Código Penal nos artigos 124 e seguintes e permitidas nos moldes do artigo 128 e dos portadores de anencefalia.

O início da vida, o marco inicial não tem um entendimento unânime a respeito, pois as teorias de concepção da vida demonstram em alguns casos, como nos casos de alimentos o reconhecimento da teoria concepcionista, enquanto para fins de sucessão o reconhecimento da teoria natalista.

Fato é que a conduta do aborto deve ser criminalizada a qualquer tempo, conforme descreve o dispositivo legal, não podendo ser relativizado ou interpretado, como expõe os votos do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dessa conduta.

O direito à vida daquele que está por nascer prevalece quando considerado a liberdade de escolha da mulher, pois existem no mercado diversos métodos contraceptivos que não permitem a ocorrência da gravidez, sendo, portanto, não aceitável os dizeres de gravidez indesejada.

Diante desse fato não é possível pensar em aborto dos portadores de microcefalia seja por interpretação extensiva, seja por analogia ao aborto eugênico dos portadores de anencefalia.

Os portadores de microcefalia têm vida dentro dos padrões de normalidade com o tratamento adequado, o que diferencia é o cuidado da família em relação a ele. Dentro do princípio da dignidade da pessoa humana e dos deveres da família não cabe qualquer justificativa para o não cuidado.

Legalizar essa conduta pode abrir precedente para que outras formas de deficiência sejam motivos suficientes para ensejar o aborto, o que não deve ser aceito no ordenamento jurídico.

A APDF 54 quando reconheceu a possibilidade de aborto dos anencefálicos teve como argumento a morte consequente da não existência de cérebro e essa justificativa não se aplica aos portadores de microcefalia.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999..

BELTRAME, Beatriz. **Entenda o que é microcefalia e quais são as consequências para o bebê**. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/microcefalia/>> Acesso em: 09 de out 2019

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.115.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.26

BRASIL, CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, *VadeMecun* São Paulo: Saraiva. 2018,

BRASIL, MINISTERIO DA SAÚDE. **Microcefalia**. Disponível em <http://saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em 15 out 2019

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 5581- DISTRITO FEDERAL. Relatora Ministra Cármem Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS -TJMG - Apelação Cível 1.0459.16.000396-6/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/05/2018, publicação da súmula em 17/06/2018

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.007499-1/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017). Acesso em 27 out 2018.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJSP; Apelação Criminal 1000337-79.2016.8.26.0076; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bilac - Vara Única; Data do Julgamento: 20/09/2018; Data de Registro: 20/09/2018

BRUM, Eliane. **Sobre aborto, Deficiência e limites**, 2018. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965\\_851244.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/15/opinion/1455540965_851244.html)> Acesso em 09 out 2019

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2ed., São Paulo: Saraiva.2010

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V.2. São Paulo: Saraiva, 2004.p.108

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.105

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007..

CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 16 out2019.

DEROSA, Marlon **elementos de concepção da vida**. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/7385/as-evidencias-do-inicio-da-vida-na->

DINIZ, Debora **Direito à vida: aborto- estupro- feto anencefálico**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=448](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448). Acesso em 15 maio 2019

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.469

DONIZETE, Elpidio **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em 20 ago 2019.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **A personalidade jurídica do nascituro**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12463&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12463&revista_caderno=7) Acesso em 15 agosto 2019

FILHO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO. **Aborto de fetos com microcefalia não é tema para o STF**. disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acessado em 23 out 2019

FOMENTI, Ligia. **Diariamente, 4 mulheres morrem nos hospitais por complicações do aborto** - Jornal- Estadão. Edição Eletrônica. Disponível em <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281>. Acesso em 24 ago 2019

FOSSA, Alice Nader, **A LEGITIMIDADE DO ABORTO EM CASOS DE MICROCEFALIA – uma análise à luz da bioética**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/47536/a-interruptao-da-gravidez-no-caso-de-feto-com-microcefalia-viola-o-direito-a-vida>. Acesso em 25 out 2018

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

LYRA, Débora. **O aborto no caso dos portadores de microcefalia-impossibilidade**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77599/o-aborto-e-a-microcefalia>. Acesso em 6 nov 2018

MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MASSON, Cleber **Direito Penal: parte especial - vol.2/ Cleber Masson**. - 10.ed.rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p.102.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Guilherme Peña. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**, 4 ed. rev, ampl e atual. Rio de Janeiro: 2017.

**Revista Bioética**. Vol. 24, nº 2-2016. Brasília/ DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2016. Acesso em 15 maio 2019

SANTOS, Pedro. **O direito e o direito ao aborto**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4308.pdf>. Acesso em 04 set 2019

SCHREIBER, Anderson KONDER, Carlos Nelson , **Direito Civil constitucional**, São Paulo: Atlas, 2016, p.2

SEDICIAS, Sheila. **Remédios que podem causar aborto**. Disponível em <https://www.tuasaude.com/aborto/>. Acesso em 05 set 2019

TARTUCE, Flavio **Manual de Direito Civil**, 4ª ed, São Paulo: Método, 2017, p.79

VARELA, Drauzio **Microcefalia**. Disponível em [https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/parecerer\\_oab\\_anencefalo.htm](https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/http://www.ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm)

VIANA, André de Paula. **Tipos de aborto**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17100&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17100&revista_caderno=3). Aceso em 24ago 2019.