

OS RACIOCÍNIOS E AS INCONGRUÊNCIAS CONTIDAS NAS PERMISSÕES OU PROIBIÇÕES DO ABORTO NO BRASIL ATRAVÉS DA ANÁLISE DA ADI/ADPF 5581 (ABORTO DOS MICROCÉFALOS)

THE REASONINGS AND THE INCONGRUITIES OF THE PERMISSIONS OR PROHIBITIONS OF THE ABORTION IN BRAZIL THROUGH THE ANALYSIS OF ADI/ADPF 5581 (ABORTION OF MICROCÉFALOS)

Nélida Reis Caseca Machado

Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Assessora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professora e Pesquisadora no Centro Universitário de Formiga (UNIFOR), com fomento da FAPEMIG, e membro do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

Lorena Vieira Silva

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Formiga (UNIFOR). Escrivã de Polícia Civil de Minas Gerais.

RESUMO: Pretende-se, neste artigo, através da análise do aborto dos microcéfalos, demonstrar os raciocínios e as incongruências que envolvem as permissões e as proibições do aborto no Brasil. Para tanto, se abordará a ADI/ADPF 5581 (fetos microcéfalos), que tem como objetivo, entre outras coisas, admitir a interrupção da gestação, se diagnosticado, no feto, a microcefalia e, depois, serão apontados os raciocínios traçados na ADPF 54 (fetos anencéfalos), em virtude da proximidade dos conceitos e, por fim, será conceituado o aborto no ordenamento jurídico, inclusive, com um apanhado histórico. Assim, através da pesquisa bibliográfica e, sem se preocupar em apontar soluções, supõe-se a necessidade de debate para diluir essas contradições, inclusive, porque só a discussão pode direcionar melhor as políticas públicas relacionadas ao aborto.

ABSTRACT: *It is intended, in this article, by examining the abortion of the microcéfalos, demonstrate the reasonings and the incongruities that involve the permissions and prohibitions of the abortion in Brazil. To do so, it will address the ADI/ADPF 5581 (microcéfalos fetos), which aims, among other things, admit the interruption of pregnancy, if diagnosed, in the fetus, microcephaly and, later, will be pointed to the reasoning outlined in the ADPF 54 (fetos anencéfalos), due to the proximity of the concepts and, finally, will be respected the abortion the legal system, including with a history. Thus, through bibliographical research and without bothering to point out solutions, assumes the need for debate to dilute those contradictions, even, because only the discussion can direct better public policies related to abortion.*

Keywords: *Microcephaly (ADI/ADPF 5581). Anencephaly (ADPF 54). Abortion.*

Palavras-chave: Microcefalia (ADI/ADPF 5581). Anencefalia (ADPF 54). Aborto.

Sumário: 1. Introdução. 2. A adi/adpf n. 5581 – aborto de microcefálicos. 3. A adpf n. 54 e as discussões que envolvem o aborto. 4. O aborto. 5. Últimas considerações

1 INTRODUÇÃO

Em 2015, Isabelle Sinforoso Mary Campos manejou um pedido de concessão de ordem judicial para a interrupção de sua gravidez. Na petição inicial, anexou o parecer favorável da Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira, constando que a paciente era gestante de feto portador de hidrocefalia, microcefalia, hipoplasia, mefacisterna magna e calcificações periventriculares, alterações sugestivas de infecção por citomegalovírus, contendo a seguinte advertência: “risco elevado de mortalidade” e que “o risco do óbito intra-útero ou no período neonatal está aumentando por conta das complicações”.

O Ministério Público manifestou-se favorável ao pedido, mas o Juiz indeferiu o pleito, ao argumento de que em havendo possibilidade de vida extrauterina, ainda que de forma vegetativa, estaria impedindo o pedido, uma vez que a autorização para a interrupção da gravidez, nesses casos, poderia afetar direitos que o feto adquiriria ao nascer com vida. No julgamento foi vetada qualquer analogia ao julgamento da ADPF n. 54, bem como nele se esclareceu que o caso não abarcava qualquer das hipóteses excludentes previstas no artigo 128 do Código Penal.

Diante desta decisão, Isabelle ingressou com um habeas corpus¹ sob o argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal. Na decisão, o Relator Desembargador indeferiu o pedido, julgando improcedente o pedido, por entender que não é qualquer má-formação que enseja autorização para interrupção da gravidez e seria necessário que não houvesse nascimento com vida.

O relato desta história denuncia o cenário de pouco debate sobre o aborto no Brasil, deixando a sociedade sem conhecer todos os argumentos que circulam o tema e, de consequência, sem apontar uma melhor política pública a enfrentar as questões a ele relacionadas.

Analisando os textos normativos, vê-se que o aborto foi tratado de forma distinta no decorrer do tempo. O código Criminal do Império, 1830, não previa o crime se

¹ TJ-RJ - HABEAS CORPUS : HC 00477576320158190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 2 VARA CRIMINAL. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/369865766/habeas-corpus-hc-477576320158190000-rio-de-janeiro-capital-2-vara-criminal/inteiro-teor-369865781>>. Acesso em: 8 out. 2016.

praticado pela gestante, mas tipificava a conduta de terceiro que o praticava com ou sem o consentimento dela².

O Código de 1890, além do aborto praticado por terceiro, passou a prever o praticado pela própria gestante com a expulsão ou não do produto da concepção e dedicou o Capítulo IV da lei só para o crime³. Por fim, o código penal, em vigor, 1940, prevê três espécies de aborto. O provocado pela própria gestante, previsto no artigo 124, o realizado por terceiro sem o consentimento da gestante, artigo 125 e o aborto realizado com o consentimento da gestante, no artigo 126.

O Código Penal brasileiro, como se sabe, prevê **duas** excludentes de ilicitude nos incisos do artigo 128. O legislador estabeleceu que não se pune a prática do aborto quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante, o chamado **aborto necessário**, que é um estado de necessidade⁴ e exige dois requisitos concomitantes: o perigo de vida da gestante e a inexistência de outro meio de salvá-la, sem necessidade de qualquer manifestação da gestante.

A outra hipótese é a da gravidez proveniente de estupro, desde que haja consentimento da gestante ou de seu representante legal, no caso de incapaz. Trata-se de **aborto humanitário**, também chamado de ético ou sentimental, não havendo a necessidade de autorização judicial para a realização do procedimento abortivo, mas o médico deve se resguardar e se certificar da veracidade da ocorrência do crime, sob pena de responder ao crime previsto no art. 126, CP.

² “Art. 199. Occasionar (sic) aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos (sic). Se este crime fôr commettido (sic) sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas.” BRASIL. Código Criminal (1830). Código Criminal do Império do Brazil (sic) CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL (sic). Rio de Janeiro, 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 22 set. 2016.

³ “CAPÍTULO IV - DO ABÔRTO: Art. 300. Provocar abôrto (sic), haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos (sic). No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes (sic) a um anno (sic). § 1º Si (sic) em consequencia do abôrto (sic), ou dos meios empregados para provocal-o (sic), seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos (sic). § 2º Si (sic) o abôrto (sic) for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação (sic). Art. 301. Provocar abôrto (sic) com annuencia (sic) e accordo da gestante: Pena – de prissão (sic) cellullar por um a cinco annos. Paragrapho (sic) unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução (sic) da terça parte, si (sic) o crime for commettido (sic) para occultar (sic) a deshonna propria. Art. 302. Si (sic) o medico, ou parteira, praticando o abôrto (sic) legal, ou abôrto (sic) necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe (sic) a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisção (sic) por igual tempo ao da condemnação (sic).” BRASIL. CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL [sic] (1890). DECRETO N. 847. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 22 set. 2016.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

No ano de 2012 o STF admitiu, através do julgamento da ADPF 54, outro tipo de aborto, entendendo que não há crime se a interrupção de gravidez se o feto for anencéfalo. Essa decisão altera os raciocínios adotados no ordenamento jurídico.

Isto porque o STF acolheu a teoria concepcionista, quanto ao início da vida e de sua proteção, mas estabeleceu que a vida precisa ser “viável” e como o feto anencéfalo seria desprovido dessa “viabilidade” não se encaixaria em aborto. Abriu-se, então, outros questionamentos: o que seria essa viabilidade da vida? É possível estender os argumentos do julgamento da ADPF 54 às outras má-formações?

Desta forma, através da análise do aborto dos fetos microcéfalos, pretende-se avaliar as questões que envolvem o aborto no ordenamento jurídico e, assim, tentar apontar as incongruências nos raciocínios que autorizam ou o impedem. Para que a ideia possa fluir de forma clara, primeiro se abordará a ADI/ADPF 5581, que trata dos questionamentos de constitucionalidade que envolvem a Lei 13.301/2016 (adoção de medidas de vigilância em saúde na presença do vírus da dengue, chikungunya e zika), depois a ADPF 54 e, por fim, para se chegar ao cerne, ou seja, o aborto e os raciocínios e as incongruências do ordenamento jurídico diante dele.

2 A ADI/ADPF n. 5581 – Aborto de Microcefálicos

Em 24 de agosto de 2016, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEF), apoiada pelo Instituto de Bioética (ANIS), ingressou com a Ação de Direta de Inconstitucionalidade combinada com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADI/ADPF) n. 5581⁵, questionando o artigo 1º, "caput", parágrafo 1º, inciso II, o parágrafo 3º e o artigo 18, "caput", e os seus parágrafos 2º e 3º, ambos da Lei Federal n. 13.301/2016⁶. Essa Lei dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância

⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS-ANADEF. Portal. Anadep entra com Ação no STF para garantir políticas públicas às mulheres e crianças afetadas pelo Vírus Zika no Brasil. Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=29504>> Acesso em 10 set. 2016.

⁶ Art. 1º - Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus *chikungunya* e do vírus da *zika*, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde - SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN. § 1º - Entre as medidas que podem ser determinadas e executadas para a contenção das doenças causadas pelos vírus de que trata o *caput*, destacam-se:

(...)II - realização de campanhas educativas e de orientação à população, em especial às mulheres em idade fértil e gestantes, divulgadas em todos os meios de comunicação, incluindo programas radiofônicos. estatais;

Art. 18 - Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei nº

quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito *aedes aegypti*, transmissor de doenças viróticas como a dengue, *chikungunya* e *zika*.

Estabelece, ainda, medidas que podem ser adotadas pelas autoridades para a contenção dessas doenças, dentre elas a realização de campanhas educativas e orientadoras, principalmente para mulheres, além de prever um benefício de prestação continuada por três anos.

Busca-se, com a ADI, o afastamento do limite de três anos para pagamento do benefício de prestação continuada e a sua concessão para vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do *zika*, reconhecendo desnecessária a comprovação da situação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância e adotar a comprovação da seqüela neurológica por meio de declaração/atestado de profissional médico, sendo dispensada a realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

Além disso, busca-se afastar o obstáculo que impede o pagamento cumulado deste benefício com o salário-maternidade, suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 18 da referida Lei; e garantir a concessão do salário-maternidade por 180 dias, no caso de mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do *Zika*, interpretando o § 3º do mesmo artigo 18 nos moldes Constitucionais.

Já com relação ao pedido da ADPF requer que o poder público, principalmente o Executivo Federal, adote medidas eficazes para garantir a saúde das crianças portadoras de deficiências decorrentes da síndrome congênita do *zika*, com a construção de centros especializados em reabilitação, distribuição gratuita de repelentes nas áreas mais afetadas, a promoção de políticas públicas eficazes de conscientização e tratamento da doença, além do pagamento das custas do tratamento realizado fora do domicílio, de

8742, de 7 de dezembro de 1993, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. § 1º - (VETADO) § 2º - O benefício será concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia. § 3º - A licença-maternidade prevista no art.392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade revisto no art. 071 da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos. Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm . Acesso em 15 mai 2017.

garantir que haja médicos capacitados para o diagnóstico clínico da infecção pelo *zika* vírus e de tomar medidas imediatas para dar acesso aos exames de diagnóstico pelo Sistema Único de Saúde.

Requer também a interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal conforme a Constituição, trazendo os mesmos argumentos da ADPF n. 54, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da liberdade (englobando autodeterminação pessoal e autonomia reprodutiva - art. 5º, *caput*) do direito à saúde e à reprodução (art. 6º e 226 § 7º), inclusive respalda a possibilidade de interrupção da gravidez, consoante o próprio entendimento definido pelo STF no julgamento da ADPF n. 54.

Por fim, pede que seja declarada inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez feita pela a mulher que tiver sido infectada pelo vírus *zika* seja considerada conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal. Sucessivamente, pede que seja dada uma interpretação Constitucional do artigo 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus *zika* e ela optar pelo aborto.

Segundo a ANADEF a interrupção da gestação se justifica por estar de acordo com os artigos 23, I, e 24 do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de *zika* e é agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez. Por consequência, pede a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante pelo vírus *Zika*, até o julgamento definitivo.

De acordo com a fundamentação da ADI/ADPF trazida pela ANADEF, a mulher infectada pelo *zika* vírus encontra-se amparada pelo estado de necessidade. Impor a ela a continuidade da gravidez traria sofrimento psicológico e colocaria em conflito princípios constitucionais: de um lado estaria o direito à vida do feto e, do outro, os direitos reconhecidos constitucionalmente da mulher, quais sejam, o direito à vida digna sem sofrimento, o direito à liberdade (autodeterminação sexual e à autonomia reprodutiva), além do direito à saúde mental.

Outro argumento para a justificativa do pedido de interrupção da gravidez é o desconhecimento médico sobre as consequências da infecção por *zika* vírus. Isto porque a infecção por *zika* vírus não traria somente a microcefalia fetal, mas inúmeras

consequências desconhecidas pela medicina, tais como danos neurológicos e impeditivos corporais permanentes e severos.

A ANADEP alega, ainda, que a falta de conhecimento técnico causaria na mulher infectada uma angústia e um sofrimento grandes. Desta forma, a interrupção da gravidez seria razoável e protegeria a saúde mental da mulher.

O processo foi distribuído no dia 24 de agosto de 2016 e a Ministra Carmem Lúcia é a relatora. Na decisão monocrática a Ministra adotou o rito do art. 10 da Lei n. 9.868/1999 e determinou a requisição, com urgência e prioridade, de informações ao Presidente da República e ao Presidente do Congresso Nacional, a serem prestadas no prazo máximo e improrrogável de cinco dias e, simultaneamente, abriu vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para manifestação.

No dia 5 de setembro de 2016, a Advocacia Geral da União emitiu parecer alegando, preliminarmente, a ilegitimidade da ANADEP por falta de pertinência temática, nos moldes do artigo 103, inciso IX da Constituição e, no mérito, se manifestou pela impossibilidade jurídica. Segundo o entendimento da Advocacia Geral, nesta ação pretende-se que o Supremo Tribunal Federal atue não apenas de forma negativa, mas de forma positiva, criando uma nova forma de enfrentamento, legal e administrativa, da epidemia.

E, também não teria sido obedecido o princípio da subsidiariedade previsto no artigo 4º § 1º da Lei 9882/99, que prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas quando não houver qualquer outro meio de sanar a lesividade, inclusive, a questão em tela poderia ter sido discutida na via difusa, de modo mais eficaz, imediato e adequado.

O Procurador Geral da República se manifestou no dia 6 de setembro de 2016. Preliminarmente falou sobre a ilegitimidade da ANADEP e, assim como o AGU, sustentou a ausência de pertinência temática nos termos do art. 103, inciso IX da Constituição. No mérito o Procurador manifestou-se pela inconstitucionalidade da limitação temporal de concessão do benefício, tendo em vista que a condição de deficiência da síndrome congênita do *zika* vírus produzirá efeitos durante toda a vida da pessoa afetada, bem como concordou com a presunção de miserabilidade para a concessão do benefício de prestação continuada, dispensando a comprovação de baixa renda.

Segundo ele, é notório que a síndrome congênita do *zika* atinge principalmente mulheres pobres e nordestinas. Além disso, a pessoa infectada precisa de cuidados

específicos que geram gastos elevados e, na maioria das vezes, a mulher precisa parar de trabalhar para tomar os cuidados necessários, agravando ainda mais a situação de miserabilidade da família.

Com relação à dispensa de perícia médica do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) o Procurador entende que ela é possível. Entretanto, apenas se não houver agência da autarquia no domicílio da família afetada ou quando a perícia não for realizada no prazo de 30 dias do requerimento, podendo ser substituída a perícia por apresentação de dois laudos médicos com a descrição de sequelas da síndrome congênita do *zika* para análise do direito ao benefício.

Contudo, na alegação da inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 18 da Lei 13.301, entende que há constitucionalidade no dispositivo legal, porque enquanto a mulher recebe o salário-maternidade a família estará minimamente amparada. Segundo ele, a legislação garante a proteção mínima à vulnerabilidade e ao mesmo tempo respeita os recursos orçamentários do Estado Brasileiro, opinando pela concessão parcial da medida cautelar requerida.

Quanto aos pedidos da ADPF, o Procurador sustentou que não cabe ao Poder Judiciário analisar se as políticas públicas são realmente ineficientes ou não, nem redefinir tais políticas sem que exista descumprimento de norma constitucional. Entende que cabe ao próprio executivo, através de seus Ministérios, sobretudo o da Justiça, fazer essa análise e antes de julgar os pedidos seria imprescindível a realização de audiências públicas para obtenção de dados para subsidiar a decisão.

Com relação à omissão das políticas públicas quanto à interrupção da gravidez no caso de infecção pelo *zika* vírus e o requerimento de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 I e II do Código Penal, o Procurador entendeu que a autora tem razão. Impor a continuação forçada da gestação onde há certeza de infecção pelo *zika* representa um risco para a saúde mental da gestante, além de ferir o direito a garantia de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis.

O procurador esclarece ainda, que a norma que protege a inviolabilidade da vida é a mesma que assegura a liberdade, não havendo qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais, ou mesmo conflito entre os direitos da gestante e do feto, como foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54. Desta forma o Estado deve prestigiar o direito à saúde da mulher em todos os seus aspectos, físico, mental e social.

Por fim, o Procurador ressalta que a decisão de interromper a gravidez será

sempre da gestante, tratando apenas da reprodução como um direito conferido a ela e não um dever. Após o parecer do Procurador o processo seguiu concluso à Relatora.

No dia 9 de setembro de 2016 o Congresso Nacional, apresentou informações e alegou preliminarmente a falta de legitimidade da Associação Nacional dos Defensores Públicos para figurar no polo ativo. Antes de adentrar o mérito, ressaltou sobre o dissenso moral que o pedido relacionado ao aborto causa na sociedade brasileira.

Segundo o relatório do Congresso, não foi por falta de discussão no Congresso Nacional que o tema aborto não foi alterado no Código Penal. Sustenta o entendimento de que os dispositivos que disciplinam o tema estão em vigor há mais de setenta e cinco anos não por omissão ou mera distração do Congresso, mas por força da vontade da maioria congressista.

Assim, seria dever da Casa Legislativa posicionar-se na defesa da legislação vigente por entender que, enquanto a norma não é alterada, ela conta com o respaldo do parlamento. Inclusive o Código Civil, artigo 542, contempla o nascituro com direitos patrimoniais específicos e assegura-lhe direitos, artigo 2º.

Sustenta, também, que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no ordenamento com força de norma supralegal, consagrando o direito à vida desde a concepção. Da mesma forma, a Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, *caput*, declarou ser inviolável o direito fundamental à vida, até porque, em 2013 o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas deixou de acolher, ainda que implicitamente, o aborto como medida de resposta aos casos de violência sexual em situação de conflitos, deixando de reconhecer o aborto como um suposto direito humano da mulher.

Em suma, concluiu que o nascituro goza de especial proteção no ordenamento jurídico brasileiro – tanto pela via constitucional direta quanto em virtude das disposições do Pacto de São José da Costa Rica, inteiramente compatível com o que está disposto no Código Civil Brasileiro.

Com relação ao acolhimento dos argumentos dispostos na ADPF 54, o Congresso defende que, apesar do STF ter decidido pela relatividade do direito à vida, estabeleceu o critério da viabilidade do nascituro como razão principal da decisão. Assim, o pedido desta ação é incompatível com as decisões do Supremo, pois os fetos com microcefalia são geralmente viáveis, muito embora possuam má-formação.

Nas informações, o Congresso destaca que a repulsa ao aborto está arraigada na cultura brasileira. Foi realizada uma pesquisa pelo Instituto Datafolha questionando a

população acerca da pergunta: “*Grávidas que tiveram zika deveriam ter o direito de fazer o aborto?*” Cinquenta e oito por cento dos entrevistados respondeu negativamente, mesmo com o diagnóstico confirmado, sendo maior o percentual de respostas contrárias ao aborto na população feminina⁷.

Sustenta que a autorização do aborto em função de má-formação do embrião ou do feto, ainda que por razões declaradamente benevolentes, acaba por abrir portas para o aborto eugênico e para o controle preventivo de doenças por meio do aborto problemas que já surgem em países com legislação mais liberal em relação ao aborto. Por último defende que os pedidos de medida cautelar devem ser indeferidos por falta de amparo legal e, muito especialmente, porque as pretensões veiculadas na ação devem ser resolvidas pelo legislativo, não pelo controle de constitucionalidade⁸.

Atualmente o processo segue em sua fase de instrução com várias entidades ingressando com pedido de participação como *Amicus Curiae* para poderem interferir nos rumos do processo.

3 A ADPF n. 54 E AS DISCUSSÕES QUE ENVOLVEM O ABORTO

Em virtude da proximidade dos conceitos, importante analisar a ADPF n, 54, até porque a teoria adotada no julgamento integra os conceitos e as incongruências sobre o aborto. Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde manejou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54) indicando como preceitos violados o art. 1º, inciso IV (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os artigos 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República e, como causador de tal violação, os artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Durante todo o processo, que durou oito anos, várias entidades religiosas, associações, institutos e a própria sociedade civil se manifestaram em audiência pública para discutir não só a matéria de fundo, mas os conhecimentos específicos que ultrapassam os limites do Direito. A demanda foi julgada nos dias 11 e 12 de abril de

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. Portal. Andamento Processual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>> Acesso em 17 mar. 2017.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. Op. cit.

2012.⁹

Apesar de toda a doutrina penal e civil ser majoritária (na época e atualmente) no acolhimento da teoria da concepção, quanto ao início da vida e de sua proteção, o STF estabeleceu que a vida precisa ser “viável” para receber proteção e, o feto anencéfalo, seria desprovido dessa “viabilidade”. Como se disse, este posicionamento abre espaço para questionamentos: o que seria essa viabilidade da vida? É possível estender o julgamento da ADPF n. 54 à outras má-formações?

A doutrina e a jurisprudência se dividem. Guilherme de Souza Nucci entende que é possível estender o entendimento do STF nesse julgamento aos demais casos de má-formação grave, em que a vida seja inviável, mas adverte sobre os abusos que podem surgir, possibilitando uma verdadeira eugenia entre fetos “perfeitos e imperfeitos”¹⁰.

Para Nucci e Luiz Regis Prado uma mera anomalia não é causa de aborto¹¹. Este deve ser autorizado quando não se puder exigir da mulher um comportamento diferente em virtude do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, uma das causas excludentes de culpabilidade.

No entanto, em seu texto, Prado destaca que o aborto eugênico não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro mas, pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa, a gestante estaria amparada pela excludente de culpabilidade, ou seja, o fato é típico, antijurídico, mas não é culpável¹². E ciente do perigo de se realizar abortos eugênicos é que há resistência na adoção do julgamento dos fetos anencéfalos na ADPF n. 54 para os demais casos de má-formação fetal.

Dito isto e voltando novamente ao que seria a viabilidade da vida e a possibilidade de se estender o julgamento da ADPF n. 54 às má-formações, a jurisprudência tem se mostrado cautelosa ao decidir sobre os processos de pedido de

⁹O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia; e contra os votos de Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. SCHULZE, C.J. Aborto de fetos anencéfalos e ADPF 54: STF como legislador positivo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3212, 17abr.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21532>>. Acesso em 27 ago. 2016.

¹⁰ NUCCI, Guilherme Sousa. Manual de direito penal. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 e PRADO, Luiz. Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹¹ NUCCI, op cit.

¹² PRADO, op. cit.

interrupção de gravidez nos casos de microcefalia, como relatado na introdução, admitindo a interrupção somente se não houver nenhuma possibilidade de vida extrauterina.

4 O ABORTO

Analisados os fundamentos das duas ações, importante averiguar o conceito de aborto no ordenamento jurídico.

Segundo Fernando Capez o aborto é a eliminação da vida intrauterina, a destruição do produto da concepção independente do nome técnico que se dê, ou mesmo se houve ou não a expulsão do produto do corpo da mulher¹³. A Lei não faz qualquer tipo de distinção entre os estágios da gravidez, pouco importando se o produto da concepção é um feto, um óvulo ou um embrião, mesmo conceito feito por Júlio Fabbrini Mirabete¹⁴.

Em seu livro, Fernando Capez relata que, no tempo e no espaço, a prática abortiva foi percebida de formas distintas. Aponta que era uma prática muito comum nas civilizações hebraicas e gregas¹⁵.

Na civilização Romana, a Lei das XII Tábuas e as Leis da República não cuidavam do aborto, uma vez que consideravam que o produto da concepção fazia parte do corpo da gestante, podendo ela dispor dele como bem entender. Mais tarde, o aborto passou a ser considerado uma lesão ao Direito de o marido ter a sua prole e a prática passou a ser castigada e, posteriormente, com o cristianismo e o surgimento da Igreja Católica, o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social¹⁶.

Atualmente, é consenso na doutrina penal brasileira que o objeto de proteção do crime de aborto é a vida intrauterina. No entanto, há divergências com relação ao momento em que a vida tem início, inclusive porque existem várias teorias civis que o tentam definir.

A maioria dos autores penais adere à teoria civilista da concepção

¹³ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial: art. 121 a 234-B do CP. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.2.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. Op cit.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. Op cit.

(fecundação)¹⁷, colocando a salvo a vida intrauterina. Por ela, o nascituro é pessoa humana e tem seus direitos resguardados pela lei sem necessidade de preenchimento de qualquer requisito.¹⁸

Além da teoria da concepção, existem outras teorias que tentam definir o momento em que o produto da concepção passa a ter direitos, não só à vida, mas também à proteção e outros direitos inerentes à personalidade civil. São elas: nidação (1), biológica ou natalista (2), gradualista ou desenvolvimentista (3), e a atividade neural (4).

Rogério Greco entende que a vida tem início na concepção, mas para a tipificação de crime, a vida só teria relevância penal a partir da nidação que é o momento em que o óvulo fecundado é implantado no útero, o que ocorreria quatorze dias após a fecundação. Seu entendimento pauta-se na teoria da nidação, que originalmente é uma teoria civilista segundo a qual somente a partir do momento da implantação do óvulo fecundado nas paredes do útero materno é que há divisão do indivíduo, sendo muito difícil a sobrevivência do óvulo fora do útero materno¹⁹.

Na teoria biológica ou natalista²⁰, a personalidade tem início a partir do nascimento com vida. Assim, o nascituro não seria considerado pessoa até o seu nascimento, sendo ele um ser em potencial e teria apenas uma mera expectativa de direitos²¹.

¹⁷ O argumento científico dos que adotam a teoria da concepção ou fecundação está ligado a genética. Segundo eles, no momento da fecundação, quando espermatozóide e óvulo se unem, dão origem a toda carga genética daquela pessoa, *in* MIRANDA, G. Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana. *Bol Notícias*, 2010. Disponível em <<http://noticias.bol.uol.com.br/ciencia/2010/10/15/cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.jhtm>> Acesso em 24 set. 2016.

¹⁸ Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal; José Fernando Simão, Roberto Senise Lisboa, entre outros, entendimento majoritário da doutrina civil contemporânea. Tanto é assim que em 2014 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – 1º Enunciado da I Jornada de Direito Civil – essa foi a teoria adotada no julgamento que abordou o direito de uma mãe receber o Seguro por Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres/Seguro DPVAT (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

¹⁹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal-parte especial: introdução a teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11.ed. Niterói: Impetus, 2015.v.2.

²⁰ Os defensores desta teoria entendem que o feto só existirá como pessoa detentora de direitos quando se tornar biologicamente independente de sua mãe, ou seja, somente após o nascimento com vida. Poucos são os adeptos desta teoria, pois é pacificado, na doutrina civilista brasileira, que o nascituro poderá ter seus direitos reconhecidos judicialmente em ações de reconhecimento de paternidade, bem como o direito de terem deferidos alimentos gravídicos SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela jurídica do embrião implantado à luz da dignidade da pessoa humana. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108>. Acesso em 27 ago 2016.

²¹ SILVA, Danúbia Cantieri. *Op, cit.*

Já a teoria gradualista ou desenvolvimentista entende que o desenvolvimento intrauterino passa por três etapas: pré-embrionária, embrionária e fetal. Em cada uma dessas fases o ente em formação vai recebendo características diversas e são essas características que vão definir a sua proteção e dignidade gradativamente²², isto é, à medida do desenvolvimento fetal é que o embrião vai adquirindo direitos.

A teoria das primeiras atividades cerebrais defende que se a morte é definida pelo fim da atividade cerebral, a vida, que seria o oposto de morte, também deveria ser definida a partir da atividade cerebral. O problema é definir o momento em que as atividades cerebrais se iniciam, pois a comunidade científica ainda não consegue apontá-la²³.

Observa-se também que antes de se perguntar sobre a viabilidade da vida ou como seria a forma de vida, é preciso verificar a existência da prática de abortos não autorizados por lei, fora das hipóteses previstas no Código Penal e no julgamento da ADPF n. 54, mas que também não são questionados pela sociedade ou mesmo pelo mundo jurídico. É o que mormente se faz no uso de anticoncepcionais.

Surgida no final da década de 1950, a pílula anticoncepcional foi descoberta por acaso. Em 1957 foi lançado nos Estados Unidos um medicamento para controlar distúrbios menstruais, mas durante as pesquisas foi descoberto que tal medicamento possuía o efeito colateral de suspender temporariamente a fertilidade da mulher, trazendo tal efeito descrito na bula e muitas mulheres passaram a ingerir o medicamento buscando justamente o efeito colateral que ele produzia²⁴.

As pesquisas a respeito do tema continuaram e pouco tempo depois surgia a

²² SILVA, Danúbia Cantieri. *Ibid.*

²³ Para alguns autores como Luiz Roberto Barroso no livro *Temas de Direito Constitucional a atividade cerebral começa com a formação da placa neural*, in BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Contudo, há quem entenda que a atividade cerebral começa na oitava semana de gestação, baseando seu entendimento na formação de um circuito básico de três neurônios (SILVA, Danúbia Cantieri *Op. cit.*). No entanto, outros entendem que a atividade cerebral começa no segundo mês de gestação, entre cinco e dez semanas, baseando-se no momento da formação completa do tubo neural (BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*). Há também quem entenda que a atividade cerebral tem início após a formação estrutural do cérebro, o que acontece por volta da décima segunda semana. E ainda que entendam que somente depois da vigésima semana é que há atividade cerebral, pois é nessa fase que o tálamo (central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro) está pronto e a gestante começa a sentir os primeiros movimentos do feto. (SILVA, Danúbia Cantieri. *Op. cit.*). Percebe-se que dentro da própria teoria da atividade cerebral não há consenso sobre o momento em que a atividade cerebral se inicia. Mesmo assim, é com base nessa teoria que alguns países europeus autorizam o aborto.

²⁴ LAGE, AMARILIS. 55 anos da pílula anticoncepcional: como ela moldou o mundo em que vivemos hoje. Galileu, 2015. Disponível em <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/05/55-anos-da-pilula-anticoncepcional-como-ela-moldou-o-mundo-em-que-vivemos-hoje.html>> Acesso em 08 out. 2016.

comercialização legalizada da pílula anticoncepcional. As chamadas primeiras gerações do medicamento possuíam grande carga hormonal e produziam vários e sérios efeitos colaterais.

Com o decorrer do tempo, foi-se diminuindo a carga de hormônios para minimizar os danos às mulheres. Atualmente encontra-se no mercado a quarta geração da pílula²⁵.

Poucos sabem, mas algumas pílulas anticoncepcionais além de impedirem a fecundação agem também como abortivas. Com a recomendação da Organização Mundial da Saúde para que fossem usadas doses mínimas de hormônios, os laboratórios farmacêuticos começaram a variar essas doses durante as fases do ciclo menstrual da mulher²⁶.

O medicamento mais comum é o trifásico. Distribuído em três blocos, cada um com doses diferenciadas dos hormônios componentes totalizando vinte e um dias de uso e sete de descanso²⁷.

Para garantir a eficácia do medicamento contendo a menor dose de hormônios possível, os laboratórios introduziram outros tipos de componentes como progestogênico. Desta forma, o anticoncepcional impede a ovulação; mas, em virtude do baixo nível hormonal, pode falhar e para evitar o risco de uma gravidez indesejada, o outro componente age impedindo a penetração do espermatozóide e tornando o endométrio hipotrófico, ou seja, sem condições de implantação do embrião²⁸.

Nesse último caso, ressalta-se, já ocorreu a concepção/fecundação. Portanto, os anticoncepcionais possuem componente que, pela teoria da concepção, seriam entendidos como abortivos porque impede a nidadação.

O mesmo ocorre com relação ao dispositivo intrauterino (DIU). Existem dois tipos de DIU: um inerte e um medicado.

O primeiro é colocado no útero por uma pequena cirurgia e não possui prazo para ser retirado, pois sua ação não tem validade. Esse dispositivo foi muito utilizado no passado, mas acabou perdendo espaço para os dispositivos medicados por serem mais

²⁵ AS MAIS recentes pílulas anticoncepcionais de 4ª geração. Portal Procu+saúde. [2015?]. Disponível em: <<http://www.procuromaissaude.com/2015/11/pilulas-anticoncepcionais-de-4-geracao.html>> Acesso em 08 out. 2016.

²⁶ POLI, M. E. H. Manual de Ginecologia: Anticoncepção. [2001?]. Disponível em: <http://www.invitro.med.br/phocadownloadpap/pdf/guideline_contracepcao.pdf> Acesso em 07 jun. 2017.

²⁷ POLI. Op. cit. s/p.

²⁸ POLI. Ibid.

eficazes, provocarem menos efeitos colaterais e apresentam menos complicações²⁹.

Os DIU medicados geralmente devem ser trocados a cada cinco anos e possuem componentes hormonais que são liberados de forma local, o que diminui os efeitos colaterais. O mecanismo de ação do DIU é liberar íons de cobre que prejudicam a vitalidade e a motilidade espermática, e também diminui a sobrevivência do óvulo, no trato genital, interferindo não apenas na cavidade uterina, mas, também, fora dela, em várias etapas do processo reprodutivo³⁰.

O dispositivo ainda provoca uma inflamação no endométrio alterando a fisionomia normal da mulher e tornando o ambiente intrauterino hostil aos espermatozoides, agindo como espermaticida. Entretanto, este não é o único efeito trazido pelo dispositivo, pois caso haja a concepção, o DIU age impedindo a implantação do óvulo fecundado, também causando o aborto segundo a teoria concepcionista³¹.

Dito isso, retornamos às questões envolvendo o aborto eugênico. Importante esclarecer o que vem a ser aborto eugênico, pois é o receio da aplicação dos raciocínios da ADPF dos anencéfalos à dos microcéfalos. O primeiro a discorrer sobre o assunto foi Francis Galton (1822-1911), um antropólogo inglês³².

Baseado na teoria da evolução de Charles Darwin, Galton acreditava que a seleção natural já não se realizava nos homens devido às ações governamentais e instituições de caridade, pois estes forneciam assistência aos fracos, doentes e incapazes e isso enfraquecia a raça humana³³. E para interromper esse processo de enfraquecimento da raça humana Galton defendia que deveria ser impedida a propagação dos degenerados, dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos, em suma, de todas as pessoas indesejadas na sociedade³⁴.

No século XX, a teoria de Galton foi utilizada por Adolf Hitler. Hitler queria uma raça ariana “pura”, livre de ciganos, poloneses, comunistas, homossexuais, prisioneiros de guerra soviéticos, testemunhas de Jeová, além de deficientes físicos e

²⁹ POLI. Ibid.

³⁰ POLI. Ibid.

³¹ POLI

³² CARVALHO, Leonardo Dallacqua. de. A eugenia no humor da revista ilustrada *Careta*: raça e cor no governo provisório (1930-1934). 2014. 316 p. Dissertação (Mestrado em História e Sociedade)-Universidade Estadual Paulista, Assis, 2014. Disponível em <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/121974/000814895.pdf?sequence=1>> Acesso em 08 out. 2016.

³³ CARVALHO

³⁴ CARVALHO

mentais³⁵. Em 1939 ele aprovou um Programa Governamental chamado “*Aktion T4*”, em que os nazistas pretendiam fazer uma “higienização racial”³⁶.

Segundo a pesquisa divulgada pela Revista alemã *Spiegel Online* no ano de 2003, cerca de 200.000 pessoas com deficiência física, mental ou socialmente desajustadas foram mortas por medicação, experimentos, fome ou nas câmaras de gás entre os anos de 1939 e 1945 pelo regime nazista³⁷.

Outra previsão do programa *Aktion T4* era a esterilização compulsória daqueles que possuíam defeitos hereditários ou que exibiam o que fosse considerado como um "comportamento anti-social hereditário" e também para as pessoas com uma série de condições pensadas ser hereditárias, como a esquizofrenia, a epilepsia, doença de Huntington e "imbecilidade". A esterilização também foi sugerida para o alcoolismo crônico e outras formas de desvio social³⁸.

E, no Brasil, pode-se dizer que há alguns atos de eugenia. Explica-se.

O art. 231 da Constituição da República do Brasil dispõe que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas crenças e tradições. Entre os costumes e tradições encontra-se a prática da eugenia. Em algumas aldeias indígenas localizadas no norte do Amazonas como os suruwahas, os ianomâmis e oskamaiurás, quando a mulher começa a sentir as dores do parto ela se dirige à floresta sozinha e horas depois ela volta.

Quando a mãe percebe que a criança possui alguma deficiência ela se encarrega de por fim a vida da criança e volta para a tribo sozinha. Assim, a própria mãe ao perceber a deficiência do filho se encarrega de desfazer-se da criança³⁹.

Isso acontece também quando são gêmeos, filho de mãe solteira ou fruto de adultério. Os indígenas acreditam que essas crianças são amaldiçoadas e dependendo da

³⁵ RIDLEY, Louise. As vítimas esquecidas do Holocausto: os 5 milhões de não-judeus mortos pelos nazistas. 2015. Huffpost Brasil. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/01/27/story_n_6557990.html> Acesso em 08 out. 2016.

³⁶ BUTTLAR, Von Horst Von. Nazi-"Euthanasie"-Forscheröffnen Inventar desSchreckens: [Investigação aberta sobre Inventário de Segredos]. 01 out. 2003. Disponível em <<http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/nazi-euthanasie-forscher-oeffnen-inventar-des-schreckens-a-267983.html>> Acesso em 26 set. 2016.

³⁷ BUTTLAR, op cit.

³⁸ SCHIFFER, Fred. A Eugenia e a Raça Ariana. 2016. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/eugenia-e-ra%C3%A7a-ariana-fred-schiffer>> Acesso em 08 out. 2016.

³⁹ TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. Portal G1/ Fantástico. 07 dez. 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>> Acesso em 01 out. 2016.

tribo e acabam sendo envenenados, enterrados ou abandonados na selva⁴⁰.

Quando a mãe não percebe nenhuma deficiência, ela volta com a criança para a tribo e lá amamenta sua prole. E quando ela o alimenta ela está o aceitando e dando o aceite de toda tribo, ritual em que o bebê se torna um ser vivo e um membro da tribo. Logo, essas tribos indígenas adotam uma teoria própria, baseada em seus costumes e tradições⁴¹.

A justificativa dos índios, além da maldição que a criança carrega por ser deficiente, é que ela será um fardo para a tribo, já que não pode caçar, lutar e é completamente dependente dos outros. Esta conduta tem sido objeto de políticas públicas nas aldeias demonstrando aos índios que, em virtude das teorias de proteção ao nascituro no ordenamento jurídico, isto é crime.

5 Últimas considerações

Como se viu, na ADI/ADPF 5581 visa-se declarar a Inconstitucionalidade dos artigos 1º, "*caput*", parágrafo 1º, inciso II, o parágrafo 3º e o artigo 18, "*caput*", e os seus parágrafos 2º e 3º, ambos da Lei Federal n. 13.301/2016. E, diante da omissão do Estado quanto à adoção de medidas que garantem a saúde dos fetos microcefálicos, quanto a construção de centros especializados em reabilitação, pediu-se, principal objeto desta explanação, a interpretação constitucional dos art. 124, 126 e 128 do Código Penal permitindo a prática do aborto em casos de diagnósticos de microcefalia.

O processo tramita no STF, tendo a Presidência da República, a Procuradoria Geral da República e o Congresso Nacional se pronunciado. E tentou-se encontrar um raciocínio plausível para o encaixe da discussão dessa ADI/ADPF.

No entanto, o que se encontrou foram raciocínios distintos e às vezes incongruentes. Isto porque, há divergências com relação ao momento em que a vida tem início, e isto implica na multiplicidade de raciocínios de proteção a ela e ocasiona um não fechamento da lógica do sistema.

Civilmente a teoria mais adotada, para fins de definição do início da personalidade, é a teoria concepcionista, em que pouco importa a viabilidade ou não da vida. Mas a excludente admitida pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos fetos

⁴⁰ TRADIÇÃO. Op, cit.

⁴¹ TRADIÇÃO. Ibid.

anencéfalos questiona a viabilidade da vida através da atividade cerebral, mudando os raciocínios da teoria majoritária.

A hipótese do STF é a de que enquanto é possível a existência de vida ela deve ser protegida e no feto anencéfalo não haverá vida extrauterina. Com base nisso, havendo a menor possibilidade de vida extrauterina não poderia haver uma interpretação a ser aplicada aos fetos microcéfalos, principalmente em se tratando de matéria penal, em que se vedada interpretação analógica.

O que não se pondera é que o feto do aborto decorrente de estupro é um feto com viabilidade extrauterina e pelos mesmos motivos que o autorizam também poderiam ser autorizados os abortos dos fetos microcéfalos. Além do mais, nas excludentes de ilicitude previstas no art. 128, incisos I e II, ora a vontade da mulher é absoluta e ora ela é irrelevante, bem como não se indaga o tempo da gravidez, gerando ausência de sintonia entre os raciocínios a geram insegurança jurídica.

Com efeito, verifica-se que apesar da adoção da teoria da concepçãoista pela maioria da doutrina, há a adoção da teoria da atividade cerebral para a justificação do aborto dos fetos anencéfalos, a adoção de uma teoria própria e eugênica pelos indígenas brasileiros, e ainda a adoção da teoria da nidificação para justificar a permissão dos métodos anticoncepcionais.

E como os fetos microcéfalos possuem atividade cerebral e viabilidade da vida, se o aborto for autorizado a eles será adotada teoria diversa, o que pode se assemelhar ao aborto decorrente de estupro ou eugênico. E se for aplicada a teoria natalista isto representaria uma nova brecha no ordenamento jurídico a deixar ainda mais incongruente os raciocínios vinculados ao aborto.

O que se vê, portanto, é a necessidade de se discutir, tanto no que tange ao início da vida a dar suporte às teorias de proteção quanto a viabilidade da vida, porque enquanto não houver discussão os argumentos que circulam o tema se tornam uma colcha de retalhos e por vezes podem ser contraditórios, impedindo uma visão clara para a tomada de decisões que envolvem as políticas públicas, necessária quando se trata de fetos com microcefalia.

E acrescentando um dificultador em todo o sistema, no dia 29/11/16, a 1ª Turma do STF decidiu que não tipificará o crime de aborto quando a interrupção da gestação se der nos três primeiros meses. Essa decisão ocorreu no julgamento de um caso

específico⁴², onde cinco pessoas foram presas em flagrante pela prática de aborto com o consentimento da gestante.

Em seu voto, o Ministro Barroso sustenta que os artigos do Código Penal não são compatíveis com a Constituição de 1988 e, portanto, devem ser analisados de modo a excluir a incidência do crime. Acompanham-no Rosa Weber e Edson Fachin, já Luiz Fux e Marco Antonio Melo não se pronunciaram especificamente sobre o esse argumento.

No entanto, essa decisão tem efeito *inter parts*, contudo, pode influenciar em decisões de juízes de primeira instância e vincular todos os casos que serão julgados pela Turma.

Esta decisão reacendeu a discussão sobre o tema na Câmara dos Deputados. O Presidente da Casa, rapidamente, se pronunciou contra a ela e instalou uma Comissão Especial para deliberar sobre o assunto, afirmando que não cabe ao STF legislar o assunto e sim aos representantes do povo.

Esclareça-se, por fim, que a intenção deste trabalho não foi apontar uma solução correta, ou mesmo, defender uma teoria ou outra, mas de discutir e demonstrar as incongruências que existem quando o assunto é o aborto. Afinal, tem-se que facilitaria se a discussão se estendesse às ruas, às escolas de forma clara, pois contribuiria para uma melhor escolha.

REFERÊNCIAS

AS MAIS recentes pílulas anticoncepcionais de 4ª geração. *Portal Procu+saúde*. [2015?]. Disponível em: <<http://www.procuromaissaude.com/2015/11/pilulas-anticoncepcionais-de-4-geracao.html>> Acesso em 08 out. 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS-ANADEF. Portal. Anadep entra com Ação no STF para garantir políticas públicas às mulheres e crianças afetadas pelo Vírus Zika no Brasil. Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=29504>> Acesso em 10 set. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 124.306. Primeira Turma. ORIGEM : HC - 290341 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PROCED: RIO DE JANEIRO RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO
Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corpus-16-03-2017-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em 10 out 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Criminal (1830). Código Criminal do Império do Brasil (sic) CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL (sic). Rio de Janeiro, 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 22 set. 2016.

BRASIL. CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL [sic] (1890). DECRETO N. 847. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 22 set. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos. Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm . Acesso em 15 mai 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PROCED: RIO DE JANEIRO RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO
Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corporus-16-03-2017-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em 10 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acesso em 21 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corporus n. 124.306. Primeira Turma. ORIGEM : HC - 290341 –

BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. Portal. Andamento Processual. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>> Acesso em 17 mar. 2017

BRASIL. TJ-RJ - HABEAS CORPUS : HC 00477576320158190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 2 VARA CRIMINAL. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/369865766/habeas-corporus-hc-477576320158190000-rio-de-janeiro-capital-2-vara-criminal/inteiro-teor-369865781>>. Acesso em: 8 out. 2016.

BUTTLAR, Von Horst Von. Nazi-"Euthanasie"-Forscheröffnen Inventar des Schreckens: [Investigação aberta sobre Inventário de Segredos]. *Spiegel*, 01 out. 2003. Disponível em <<http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/nazi-euthanasie-forscher-oeffnen-inventar-des-schreckens-a-267983.html>> Acesso em 26 set. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 10.ed. São

Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

CARVALHO, Leonardo Dallacqua. de. *A eugenia no humor da revista ilustrada careta: raça e cor no governo provisório (1930-1934)*. 2014. 316 p. Dissertação (Mestrado em História e Sociedade)-Universidade Estadual Paulista, Assis, 2014. Disponível em <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/121974/000814895.pdf?sequence=1>> Acesso em 08 out. 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal-parte especial: introdução a teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 11.ed. Niterói: Impetus, 2015.v.2.

LAGE, Amarilis. 55 anos da pílula anticoncepcional: como ela moldou o mundo em que vivemos hoje. *Galileu*, 2015. Disponível em <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/05/55-anos-da-pilula-anticoncepcional-como-ela-moldou-o-mundo-em-que-vivemos-hoje.html>> Acesso em 08 out. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal: parte especial: art. 121 a 234-B do CP*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.2.

MIRANDA, Giuliana. Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana. *Bol Notícias*, 2010. Disponível em <<http://noticias.bol.uol.com.br/ciencia/2010/10/15/cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.jhtm>> Acesso em 24 set. 2016.

NUCCI, Guilherme Sousa. *Manual de direito penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 e PRADO, Luiz. Regis;

POLI, Marcelino E. H. *Manual de Ginecologia: Anticoncepção*. [2001?]. Disponível em: <http://www.invitro.med.br/phocadownloadpap/pdf/guideline_contracepcao.pdf> Acesso em 07 jun. 2017.

PRADO, Luiz. Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIDLEY, Louise. As vítimas esquecidas do Holocausto: os 5 milhões de não-judeus mortos pelos nazistas. 2015. *Huffpost Brasil*. Disponível em:<http://www.brasilpost.com.br/2015/01/27/story_n_6557990.html> Acesso em 08 out. 2016.

SCHIFFER, Fred. *A Eugenia e a Raça Ariana*. 2016. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/eugenia-e-ra%C3%A7a-ariana-fred-schiffer>> Acesso em 08 out. 2016.

SCHULZE, Clenio Jair. Aborto de fetos anencéfalos e ADPF 54: STF como legislador positivo. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3212, 17 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21532>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

SILVA, Danúbia Cantieri. A tutela jurídica do embrião implantado à luz da dignidade

da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108>. Acesso em 27 ago 2016.

TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. Portal *GI / Fantástico*. 07 dez. 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>> Acesso em 01 out. 2016.