

ABORTO POR MALFORMAÇÃO FETAL NO BRASIL EM FACE DA MICROCEFALIA

*Geriane Vilela de Almeida Couto*¹

*Priscila Rodrigues Branquinho*²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade do aborto por malformação fetal no Brasil, diante do grande impacto de contaminação pelo “Zica Vírus”. O grande questionamento do aborto nessa hipótese é o confronto entre a liberdade da mulher e o direito à vida do feto, ambos respaldados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). O que se pode notar é que há uma divisão de posicionamentos sobre o assunto. Há que se destacar que está em andamento o projeto de lei sob o nº 2.574/2019 no Senado Federal, visando à criminalização expressa do aborto nos casos de malformação; em contrapartida tramitava no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 5581, pleiteando como um dos pedidos a legalização do aborto em caso de microcefalia, o que não foi adentrado ao mérito pela Corte Suprema, tratando-se de um tema polêmico que precisa ser debatido. A obtenção de dados nesta pesquisa, foi embasada em uma pesquisa bibliográfica e documental, por meio de uma abordagem exploratória, qualitativa, analítica e jurídica. Ao final, com relação ao arcabouço metodológico, doutrinário e jurisprudencial verifica-se que o aborto de fetos portadores de microcefalia ainda é considerado crime, diante da atual legislação vigente, devendo assim permanecer, pois o direito à vida deve prevalecer sobre qualquer outro direito.

Palavras chave: Aborto. Microcefalia. Direito à vida.

¹ Acadêmico do décimo período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientador, especialista em Processo Penal - Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia, GO.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro em seu artigo 128, trata do aborto e suas espécies legais, no qual observa-se que qualquer outro meio de interrupção da vida intrauterina, que não seja as duas hipóteses por ele abordado é considerado crime. Contudo, nos casos de aborto dos fetos com malformação, constata-se que é incompatível com a legislação, em razão disso, o presente estudo trata de Aborto por malformação fetal no Brasil.

Em abril de 2012, em julgamento no Supremo Tribunal Federal a maioria no plenário decidiu pela legalização do aborto nos casos dos fetos com anencefalia. Com a descoberta da “zika vírus”, passou-se a questionar que se permite aos fetos com anencefalia, poderia, também, estender o cabimento aos fetos com microcefalia, desde que exista vontade da gestante, por razões de dignidade, já que se trata de enfermidade incurável. A microcefalia faz com que a criança possua o perímetro cefálico menor do que o normal, equiparado à uma criança saudável.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), analisa (o) projeto de lei nº 2.574, de 2019, que visa a criminalizar o aborto que seja realizado por má formação fetal. Todavia, tramitava no Supremo Tribunal Federal até o dia 30 de abril de 2020, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 5581, na qual um dos requerimentos era a possibilidade da legalização do aborto em caso de microcefalia, o que, conseqüentemente, não seria enquadrado ao crime de aborto, tipificado no Código Penal. Diante da busca no reconhecimento da legalidade do aborto por microcefalia, surge a presente problemática: A gestante que praticar o aborto de feto com microcefalia pode se enquadrar a uma conduta atípica?

Desta forma, foi possível listar as seguintes hipóteses: I) o aborto de feto com microcefalia não pode ser considerado como uma conduta atípica, tendo em vista que o Código Penal não prevê esta modalidade de aborto, não se permitindo interpretação extensiva. II) o aborto de feto com microcefalia será enquadrado a uma conduta típica, tendo em vista que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é a vida. III) Não poderá se enquadrar como uma conduta atípica, pois embora a mulher possua direito de escolha, individualidade e liberdade, deve prevalecer o direito a inviolabilidade a vida, previsto na Constituição Federal. IV) Deverá ser considerado uma conduta típica, pois no caso de microcefalia não impede o nascimento do ser pelo fato de não se tratar de patologia letal.

Portanto, este estudo é para melhor entendimento acerca da possibilidade do aborto em caso de microcefalia. Decisões como estas precisam ser enfrentadas na busca por soluções positivas, contando sempre com a participação efetiva de políticas públicas e privadas de conscientização, essa pesquisa apresenta uma síntese a respeito do tema, verificando se deve prevalecer o direito de liberdade (escolha) ou o direito à vida.

Desse modo o texto está organizado da seguinte forma: Na primeira sessão será abordada a revisão de literatura, tendo como primeiro tópico os aspectos e evoluções históricas do aborto, bem como inicialmente seu conceito. Em segundo, serão tratados os tipos de aborto, e descritas as suas variadas espécies. Logo após, serão expostas as dissimilaridades entre Microcefalia e Anencefalia. Por último, não menos importante, tratará acerca do Direito à vida e o princípio da inviolabilidade. Posteriormente, serão abordados o objetivo geral e específicos, para em seguida, apresentar-se a metodologia utilizada para a realização do presente artigo; dessa maneira, apresentar-se-ão os resultados e discussão, para por fim chegar às considerações finais com a peroração da presente pesquisa.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABORTO

O aborto é a interrupção de uma gestação com a consequência de expulsão do feto do útero, antes do tempo do parto. Na definição de Julio Fabrini Mirabete (2006, p. 62):

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicado necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode se dissolvido reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificando, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Ao ver de Frediano José Momesso Teodoro (2008, p. 105):

O abortamento é a interrupção violenta da gravidez antes de seu termo natural, com a consequente morte do feto, podendo este ser expulso do organismo materno, ou não. A morte do feto poderá ocorrer no interior do ventre de sua mãe ou quando da sua expulsão. Enfim, dois são os pressupostos do abortamento: a interrupção da gravidez e a morte do feto.

Assim é possível constatar, para que haja o aborto, independentemente da posição que se assume quanto ao reconhecimento ou não da prática do ato, este vai sempre consistir em uma interrupção da gestação. Observando o conceito de aborto sob a luz criminalista, pode-se destacar entre outros o conceito formado por Rogério Greco:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo (GRECO, 2016, p. 238).

Além do conceito já exposto, o autor ainda define a prática do aborto da seguinte maneira: “Para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção” (GRECO, 2016, p. 238.). O combate à prática do abortamento só veio a ter um reconhecimento maior com o crescimento do cristianismo, uma vez que os cristãos defendiam que a criança não era uma simples parte do corpo de sua mãe, mas sim um ser que possuía uma alma e teria vida própria, merecendo toda atenção e amparo que se dedicaria a qualquer indivíduo.

A Lei das XII Tábuas não tratava o tema em discussão como abortamento, pelo fato da vida concebida no útero da mãe e ali estar em desenvolvimento, ser considerado uma simples extensão do corpo da genitora e que somente o pai seria o responsável para decidir sobre a vida ou morte da criança e a mãe estaria restrita a opinar pela vida do ser que nela habitava. Nesse sentido a lei das XII tábuas, afirmava (2012. p. 22):

TÁBUA QUARTA - Do pátrio poder e do casamento:

1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.
2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.
3. Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.

No Brasil, o aborto foi erigido no Código Penal de 1830 nos artigos 199 e 200, que enunciavam:

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Pena - de prisão com trabalho por um a cinco anos. Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada. Pena - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Pena - de prisão com trabalho por dois a seis anos. Se este crime for cometido por médico, cirurgião, ou praticante de tais artes. Pena – dobradas (BRAZIL, 1830).

A prática do aborto só passou a ser efetivamente criminalizada nos moldes atuais com vigência do Código Penal Republicano em 1890, que estabeleceu uma parte que abordava especificamente sobre o aborto, na qual a prática do aborto era punida: havendo ou não a expulsão do feto; a morte da mulher em razão da prática ou de sua tentativa; quando provocado por médicos ou parteiras. Todos estes eram punidos. Havia também a privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação, além disso, se punia o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, e também, nos casos em que o aborto se fazia necessário para salvar a vida da gestante e o médico por negligência ocasionasse sua morte.

No tempo atual, o crime de aborto está tipificado no Código Penal de 1940 (RIO DE JANEIRO, 1940), na parte especial, no capítulo I, que trata dos crimes contra a vida nos artigos 124 a 127, com exceção do artigo 128 que permite a prática do aborto nos casos de estupro e se não existir outra forma de salvar a vida da gestante.

2.2 TIPOS DE ABORTO

Variadas são as espécies de aborto, as quais, serão abordadas adiante. Todavia, frisa-se que a única espécie de aborto legal são as tratadas no artigo 128 do Código Penal. Assim, são tipos de aborto: Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante ou Abortamento sofrido; Autoaborto e aborto consentido; Aborto qualificado; Aborto consensual; Aborto eugênico ou eugenésico e Aborto natural ou espontâneo.

2.2.1 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante ou aborto sofrido

Esta forma de aborto consiste na prática do abortamento sem consentimento da gestante, ou seja, sem a sua anuência, sem que ela esteja ciente das manobras abortivas, quando o autor pode utilizar diversos meios para consumação do crime, como força física e ameaças.

Especificado também no artigo 125 do Código Penal, a pena será mais grave, pois a práxis da conduta abortiva se dá sem o consentimento da gestante e não atinge somente a vida intrauterina, mais também a integridade física da mãe.

2.2.2 Autoaborto e aborto consentido

O crime de autoaborto está posto no artigo 124 do código penal, tal conduta significa que a própria gestante realiza as condutas abortivas, com ou sem a ajuda de terceiros, interrompendo dolosamente a gestação com a eliminação do produto da concepção, para que ocorra a consumação do crime. Já na segunda parte do artigo, é disciplinado o aborto consentido. Deste modo, o crime é considerado de mão própria, só podendo ser praticado pela gestante, admitindo-se, no entanto, participação.

Esta prática se consuma a partir do momento que a gestante consentir e autorizar que outra pessoa realize as condutas abortivas. O responsável pelo ato praticado responde pelo crime posto no artigo 126 do código penal (RIO DE JANEIRO, 1940).

2.2.3 Aborto qualificado

Diz-se crime de aborto qualificado, o qual em sua consequência ou dos meios utilizados ou do modo de empregá-los, a gestante vem a morrer ou sofre lesão corporal grave. Para Mirabete (2008), o partícipe se lhe for imputado o crime previsto no art. 124, não responderá pela qualificadora, pois não participou dos atos executórios do delito, razão pela qual seria uma solução forçosa o emprego desta prejudicial. Desse modo, o artigo 127 do código penal retrata essa forma agravada de abortamento, caracterizando-se por apresentar um resultado agravador, provocado a título de culpa, intitulado pelo ordenamento jurídico como um crime de natureza preterdolosa.

Nesta espécie destaca-se duas importantes características ligadas ao resultado agravador culposo, que se trata da morte ou lesão corporal da gestante, causada em razão das manobras abortivas. Não responderá pela figura qualificada a gestante, até por que será uma das vítimas (ARAGÃO, 2019).

2.2.4 Aborto consensual

O aborto consensual é provocado por um terceiro em face da vontade da gestante. Este tipo está tipificado no artigo 126 do Código Penal e sucede quando existe vontade expressa da gestante realizado por um terceiro que empregue meios para realizar as manobras abortivas (RIO DE JANEIRO, 1940). Esclarece Fragoso (1971, p. 135) que “a passividade e a tolerância

da mulher equivalem ao consentimento tácito”. Ou seja, quem participa da conduta provocadora responde pelo crime de aborto consensual.

Nesta prática é necessário que a gestante tenha total capacidade para concordar, assim o código penal leva em consideração a vontade real da gestante. Se a gestante não é maior de 14 anos ou deficiente mental, o fato é atípico de acordo com a norma que descreve o aborto consensual (ROSA, 2014).

2.2.5 Aborto eugênico ou eugenésico

Esta prática abortiva é um assunto muito discutido no ordenamento jurídico, pois trata-se da interrupção da gravidez feita nos casos em que os exames médicos indicam que a criança nascerá com graves deformidades físicas ou psíquicas.

O Direito Penal Brasileiro não contemplou regra permissiva do aborto nestas hipóteses. Nesse caso, muitas mães começaram a ingressar em juízo requerendo a permissão judicial para a retirada do feto quando surgiram os casos de fetos com anencefalia, tendo em vista ser uma doença que não possui cura. Diante disso, a Corte Suprema através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 entendeu que o aborto de anencéfalos, não violaria a legislação penal.

2.2.6 Aborto natural ou espontâneo

O aborto natural se dá pelo fato do feto não se desenvolver normalmente, mas em regra as causas desta espécie de aborto são difíceis de se identificar, por ser apontado um ato involuntário, esse ato instintivo não constitui crime.

Isto posto, identifica-se que o aborto natural se dá pela rejeição do próprio organismo da gestante.

2.3 MICROCEFALIA X ANENCEFALIA

Tanto a microcefalia quanto a anencefalia constituem na má formação do cérebro fetal durante a gestação. Essas anomalias são diferenciadas pela constatação ou não de vida viável.

Para melhor entendimento, segue a definição de ambas no ponto de vista técnico (FERNANDES, 2018).

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2001, p. 102-103), o anencéfalo:

pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

No ponto de vista do cientista, médico e escritor Antônio Drauzio Varella (2019, s. p.) em artigo publicado pela UOL, a microcefalia se define em:

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.

Cabe enfatizar, que foi julgado procedente, pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2012 a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Segue ementa:

ESTADO-LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões.
Considerações: FETO ANENCÉFALO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal (BRASIL,2013).

Logo, compreende-se que a microcefalia e anencefalia são síndromes com implicações ao feto cabalmente dissemelhantes.

2.4 DIREITO À VIDA / PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE E LIBERDADE

É correto que concerne ao Direito Penal a proteção dos bens jurídicos. A vida, de todos é acertadamente bem primordial, sustentado pelo Direito Penal, relacionando à dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). De acordo com Galante (2008, p. 56) “o direito à vida é um direito fundamental do homem, podemos dizer que é um super direito, pois todos os demais direitos dependem dele para se concretizar, assim sem o direito à vida, não haveria os relativos à liberdade, à intimidade”.

O princípio da inviolabilidade se limita ao direito a vida e se encontra expresso na Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º. O professor Fernando Capez (2009, p. 7) com sua intrínseca maestria esclarece: “Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atenta o próprio fundamento da existência do nosso Estado”. Neste contexto, surge um conflito entre o direito à vida e à liberdade feminina, de dispor a mulher como lhe convém, do seu próprio corpo, ambos direitos fundamentais.

Em agosto de 2016 foi proposta pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep), propôs a ADI cumulada com ADPF - 5581, pleiteando como um dos pedidos que o aborto nos casos de microcefalia deveria ser enquadrado aos artigos 128 ou 23, inciso I, e 24 do Código Penal. Com a propositura da ADI/ADPF5581, foram pleiteados diversos pedidos de habilitação de “amicus curiae”, dentre eles cabe citar o Sindicato dos Médicos do Pará-SINDMEPA, representado pela Sra. Helena Andrade, médica do município de Belém do Estado do Pará, elaborado pela advogada Rita Athayde de Oliveira OAB/PA Nº 21.036 que manifesta em seu parecer de acordo com a ADI, o seguinte:

A interpretação deva ser conforme a Constituição, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela medida tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal (ANADep, 2016, s. p.).

Em seguimento, cabe também apresentar o “amicus curiae” na ADI, requerido pela associação nacional pró-vida e pró-família, representado pelos advogados Paulo Fernando Melo da Costa OAB – DF 19.772 e Marco Vinicius Pereira de Carvalho OAB - SC 32.913, que alegam o que segue:

Se todas as gestantes infectadas pelo vírus Zika gerarem crianças com microcefalia ou outras malformações, estaríamos diante de uma vida, inclusive no sentido puramente jurídico, afinal há cérebro e atividade cerebral. Além disso, há diversas outras deficiências que também causam limitações à vida do indivíduo, não sendo a microcefalia uma situação singular, não havendo necessidade de se “socorrer” de medida tão extrema como o aborto (PROVIDAFAMILIA, 2016, s. p.).

No entanto, há também os “amicus curiae” a favor de tal medida. Elaborado através do instituto (CRAVINAS) - Prática em direitos humanos e direitos sexuais e reprodutivos, representado pela advogada Isadora Dourado Rocha OAB nº 56195/DF, que manifesta no decorrer do parecer o seguinte pedido: “As mulheres infectadas pelo vírus possam optar pela interrupção voluntária da gravidez para a proteção de sua saúde mental, uma vez que estão diante de um cenário de negligência do Estado na eliminação do vetor e de incerteza sobre os riscos da epidemia”. Como também a Human Rights Watch, entidade privada na forma de associação civil sem fins lucrativos, representado pela advogada Martha Ysis Ribeiro Cabral OAB nº 21.513/PB que requer que, a presente ADI cumulada com a ADPF, seja julgada integralmente procedente, alegando o seguinte:

O Brasil deve tomar todas as medidas necessárias, tanto imediatas quanto incrementais, para garantir que mulheres e meninas com casos confirmados de vírus Zika durante a gravidez tenham acesso a serviços de aborto seguros e legais, caso optem por eles, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (CRAVINAS, 2019, s. p.).

Todavia, conforme mencionado, a presente ação foi julgada prejudicada, ante a ausência de legitimidade da ANADEP para a propositura da ação, é bem provável o surgimento de nova ação para discussão do presente tema. No que se refere ao julgamento em 30/04/2020 por meio de sessão virtual, o plenário do STF em sessão virtual decidiu:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade e não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto da Relatora. O Ministro Roberto Barroso acompanhou a Relatora com ressalvas. Falaram: pela requerente, o Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; e, pelos interessados, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União (BRASIL, 2020).

A relatora teve seu voto seguido por unanimidade dos ministros Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Luiz Fux. O único ministro que seguiu a relatora com ressalvas, foi Luís Roberto Barroso, que há muito milita pelo aborto e defende ações neste caso. Conforme disponibilizado no site Gazeta do Povo, o ministro Barroso justificou-se com as seguintes palavras:

que considerava a Anadep como parte legítima para propor a ADPF, mas dedicou boa parte do seu voto à defesa da legalização do aborto, dizendo que, ao extinguir as ações, o Supremo estava “adiando a discussão” do tema, como se o Judiciário devesse ser o lócus deste debate, em vez do Poder Legislativo (GAZETA, 2020).

Por fim, vale salientar que diante deste cenário, o Presidente Jair Bolsonaro, em dezembro de 2019, assinou a medida provisória Nº 894 para conceder pensão especial vitalícia e intransferível às crianças com microcefalia, decorrente do Zika vírus, que era também um dos temas que se discutia na ADI/ADPF 5581.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Analisar o aborto por microcefalia, elucidando se esta conduta seria um direito, uma conduta atípica ou um crime.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Demonstrar as opiniões de especialistas, procurando uma fundamentação consistente e solúvel sobre a possibilidade de legalização do aborto por má formação fetal;

Identificar a diferença de anencefalia e microcefalia;

Estabelecer um posicionamento mais adequado acerca da possibilidade ou não da prática do aborto por microcefalia

4. METODOLOGIA

A pesquisa científica caracteriza-se por ser a prática de um conjunto de processos metódicos de investigação utilizados por um pesquisador para o desenvolvimento de uma investigação, tendo como objetivo encontrar respostas para determinadas questões para o desenvolvimento de um estudo.

Segundo Gil (2008, p. 08), para que um conhecimento seja considerado científico, sua verificação deve ser possível. A investigação científica depende de um conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos. O presente artigo é de natureza exploratória, vez que nesse tipo de estudo, busca-se maior familiaridade com o objeto de pesquisa. Conforme o entendimento de Lakatos e Marconi (2012, p. 86) a pesquisa exploratória se define como:

Investigações de pesquisa empírica cujo objetivo é a formulação de questões ou de um problema, com tripla finalidade: desenvolver hipóteses, aumentar a familiaridade do pesquisador com um ambiente, fato ou fenômeno para a realização de uma pesquisa futura mais precisa ou modificar conceitos.

Considerando o presente estudo, para Gil (2008) esse método parte do geral para o particular e sua cientificidade é avaliada a partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis. Deste modo, o objetivo exploratório é considerado por Gil (2008), como aprimoramento de ideias por meios de experiências práticas, levantamentos bibliográficos e análises de exemplos.

Por fim, a realização dos dados do presente se deu também através da documentação indireta: pesquisa bibliográfica em livros, pesquisa documental através de leis e em sites de internet.

5. ANÁLISES E DISCUSSÃO

Até o presente momento muito já foi escrito acerca do aborto, e como se pode perceber, trata-se de um tema polêmico, que gera posições éticas, políticas, religiosas e ideológicas diferentes. É normal o registro de tantas ideias e teses próprias, e isso se dá devido às várias opiniões sobre o conceito de individualidade, liberdade, direito da mulher sobre o seu corpo e sobre o direito à vida. Nesse sentido, Dr. Jérôme Lejeune (1993, p.56), defende que:

O que define um ser humano é o fato de ser membro da nossa espécie. Assim, quer seja extremamente jovem (um embrião), quer seja mais idoso, ele não muda de uma espécie para outra. Ele é da nossa estirpe. Isto é uma definição. Diria, muito precisamente, que tenho o mesmo respeito à pessoa humana, qualquer que seja o número de quilos que pese, ou o grau de diferenciação das células.

O aborto é considerado crime na legislação brasileira, salvo, se a gravidez ocorreu por meio de um estupro, ou em caso de risco de vida da mãe. No entanto, discorrer sobre a

legalidade do aborto não é a tarefa mais fácil, porque, essa questão não permeia apenas os artigos do Código Penal/1940 (RIO DE JANEIRO, 1940).

Quanto ao aborto por anencefalia, diante do julgamento da ADPF 54 em 2012 pelo STF, passou a considerar que não existe crime, pois a anencefalia, diante da magnitude da má-formação, o feto de modo algum teria condições de desenvolver uma vida normal, ante a ausência de atividade cerebral. Já o feto portador de microcefalia é uma questão completamente distinta, pois o feto possui vida, não impedindo o nascimento do ser pelo fato de não se tratar de patologia letal e diante dos avanços tecnológicos, mesmo com certas anomalias, conseguem desenvolver uma vida praticamente normal. Nesse seguimento e diante das diferenças entre anencefalia e microcefalia, Diniz (2008, p. 47), evidencia que os fetos anencefálicos são incapazes de sobreviver após o parto, enquanto as crianças com microcefalia sobrevivem e na maioria dos casos a gravidade varia de leve a grave.

Neste cenário é de suma importância analisar os votos proferidos no julgamento da ADPF 54, vez que o STF decidiu, pela maioria a atipicidade da conduta da mulher que interrompe gravidez de feto anencéfalo, tendo em vista que não há potencialidade de vida extrauterina. O site G1 com matéria atualizada em 12 de abril de 2012, disponibilizou conteúdo contendo os votos dos ministros que participaram do julgamento. Dentre os 8 votos a favor da liberação destaca-se o voto da ministra Carmen Lúcia, que justificou o que se segue:

Não é escolha fácil. É escolha trágica. Sempre é escolha do possível dentro de uma situação extremamente difícil. Por isso, acho que todas as opções são de dor. Exatamente fundado na dignidade da vida neste caso acho que esta interrupção não é criminalizável. (G1, 2012)

Diante do posicionamento fixado, com o surgimento de grande número de fetos com microcefalia, se passou a questionar sobre a possibilidade de o aborto ser uma conduta atípica, assim surgiu no STF a ADI/ADPF 5581 em busca da legalização/permissão do aborto nos casos de microcefalia, todavia, tal ação foi julgada prejudicada, sem análise do mérito. Em razão da ação e o atual cenário que se encontrava da doença “Zica Vírus”, várias entidades se posicionaram em defesa da vida, como as uniões de juristas católicos e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), dentre estas, a União Brasileira dos Juristas Católicos (UBRAJUC), apontou o seguinte:

Permitir o aborto é cancelar a morte da mais inocente das criaturas, abrindo as portas para a eugenia. Hoje é a microcefalia; amanhã qual será a justificativa, a necessidade, ou como queiram chamar os nomes criados para matar? A microcefalia é capaz de retirar da criança o direito de viver? A doença por acaso a torna menos humana?!” (O SÃO PAULO, 2020).

Contrapondo, também houve posicionamentos a favor da legalização, dentre alguns cabe mencionar o site Esquerda Diário, que publicou dia 23 de abril de 2019, matéria referente à legalização do aborto, a qual expõe interesse em defender a ADI/ADPF 5581, expressando-se da seguinte maneira:

Por isto, em meio a pandemia, não podemos abrir mão de garantir este direito elementar para as mulheres, especialmente as mulheres negras que já são mais vulneráveis a Covid-19, aos efeitos da crise econômica e da violência doméstica. Fazemos um enorme chamado a todos os grupos feministas, direitos humanos e organizações de esquerda a fazer um TWITAÇO amanhã (24) às 16 horas para defender a ADI 5581, em defesa do aborto em casos de gestantes contaminadas com Zica-Vírus e também seguirmos lutando pela legalização do aborto seguro e gratuito para que as mulheres possam decidir sobre seus corpos! (Esquerda Diário. <http://www.esquerdadiario.com.br/Pao-e-Rosas-convoca-um-Twittaco-em-defesa-da-ADI-5581-e-pela-legalizacao-do-aborto>).

À vista disso, dentre os direitos e garantias fundamentais, cabe ressaltar os princípios do direito à liberdade que visa o direito de ir e vir, além da liberdade de crença e da liberdade de expressão. Este princípio é mais indagado na maioria das vezes pelos que são a favor do aborto, os quais alegam que a mulher pode decidir sobre o seu corpo, e não deve aceitar o que não for desejado. Neste contexto, Martínez (1999, p. 215), considera que a liberdade é um ensejo crucial para a ação, pois propicia levar a cada indivíduo os objetivos e fins morais que persegue e que são a expressão da dignidade humana, de sua consideração como fim redundante em si, como algo inestimável. E por fim, o princípio do direito à vida, engloba o direito de existir de modo digno, além da integridade física e moral, respeitando os parâmetros da Constituição Federal vigente. Sobre o direito à vida traz Russo (2009, p. 91), que o direito à vida é o bem mais precioso de todo ser humano, juntamente com a dignidade da pessoa humana que é um fundamento da República Federativa do Brasil e não há dignidade sem vida.

Há ainda em trâmite na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o projeto de lei sob nº 2.574/2019, cujo possui como autor o senador Flávio Arns (rede-PR), o qual a proposta do projeto é punir a prática de aborto nos casos de malformação fetal, em razão disso, conforme disponibilizado no site do Senado Federal, este tema foi criticado em audiência pública da Comissão de Assuntos Sociais (CAS), em 2019, pois o autor do requerimento da audiência, o senador Eduardo Girão (rede-CE), expressou o seguinte:

A microcefalia não é motivo para aborto e considerou que o Judiciário estaria usurpando a competência do Legislativo ao decidir sobre a questão. O parlamentar frisou que a descriminalização da morte desses fetos daria espaço para uma aceitação da discriminação de pessoas com necessidades especiais antes mesmo do nascimento (SENADO FEDERAL, 2019).

A senadora Zenaide Maia (Pros-RN), que é médica declara ainda que “deficiente de verdade é uma sociedade que não consegue abraçar suas pessoas com deficiência, que representam quase um quarto da população”. Percebe-se que prevalece o entendimento no sentido de preservar a vida do feto em formação, que a vida de uma pessoa com deficiência não deve ser considerada menos valiosa, principalmente, nesse caso específico de microcefalia. Portanto, diante do atual cenário, percebe-se que o aborto por microcefalia não pode ser considerado como conduta atípica, pois diante da legislação vigente (Código Penal), ainda não há respaldo pra aderir esta modalidade como legal, visto que o bem jurídico tutelado em caso de aborto é a vida, sendo o bem jurídico tutelado mais importante.

Com grande ênfase na luta contra a ADI/ADPF, cabe salientar que em 05 de setembro de 2019, foi publicada no Diário Oficial da União a Medida Provisória sob nº 894, de 4 de setembro de 2019, a qual institui pensão especial dirigida às crianças com microcefalia decorrente da Zika vírus, cujo o valor do benefício é de um salário-mínimo, instrumentalizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual demonstra que as crianças com essa patologia possuem ajuda do governo federal, para que seus pais consigam manter remédios e os devidos cuidados especiais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos aqui discutidos foram salvaguardados ante a enfermidade ocasionada pela doença “Zika Vírus”, que esteve em discussão através da ADI/ADPF 5581, entretanto, não se chegou a um julgamento, pois o mérito da ação não foi analisado, em virtude do acolhimento da preliminar de ausência de legitimidade para propositura da demanda. Em contrapartida, cumpre salientar que há tramitação no Senado Federal do projeto de lei nº 2.574/2019 o qual visa tipificar de forma expressa no Código Penal considerando crime o aborto praticado pela malformação fetal. Todavia, é imprescindível ressaltar que desde os aspectos mais simples ao extremamente complexos, muito se falta para chegar a uma ideia que abrange todos os tipos de pensamentos a respeito do tema em questão, abrindo assim possibilidade de novas pesquisas neste campo.

Contudo, nota-se que a discussão sobre tal tema está longe de se findar, o que merece uma análise detalhada para verificar se o aborto por má formação fetal pode ser considerado uma conduta típica ou atípica, pois nos dias atuais, é normal questionar acerca da liberdade que a mulher possui, em decidir abortar ou não, visto a existência de duas partes, sendo o direito à

vida que o feto possui, e o direito da mãe decidir sobre o seu corpo. Vários abominam o aborto por ser praticado contra um ser indefeso, sustentando que está vivo o produto da concepção, e por assim estar, tem o direito divino de viver e nascer, como nos casos de microcefalia.

Assim, em razão de não ter sido julgado o mérito da ação mandamental, o aborto por má formação fetal continua sendo considerado crime, nos termos do artigo 124 do código penal brasileiro, assim se a gestante realizar o aborto poderá ser punida a pena de reclusão entre um e três anos, sendo o posicionamento mais eficaz, visto que, o direito à vida é um direito inviolável que merece continuar sendo protegido, pois ninguém tem o direito de dissipar a vida de alguém, quanto mais de um ser indefeso.

*ABORTION FOR FETAL MALFORMATION IN BRAZIL***ABSTRACT**

The present study aims to analyze the possibility of abortion due to fetal malformation in Brazil, given the great impact of contamination by the “Zica Virus”. The great question of abortion in this hypothesis is the confrontation between the freedom of women and the right to life of the fetus, both supported by the Federal Constitution. What can be noted is that there is a division of positions on the subject. It should be noted that the bill under N ° 2,574 / 2019 is in progress in the Federal Senate, aiming at the explicit criminalization of abortion in cases of malformation; on the other hand, the Direct Federal Unconstitutionality Action was pending before the Supreme Court of Compliance 5581, claiming as one of the requests the legalization of abortion in case of microcephaly, which was not considered merit by the Supreme Court, a controversial issue that needs to be debated. The data obtained from this research was based on a bibliographic and documentary research, through an exploratory, qualitative, analytical and legal approach. In the end, in relation to the methodological, doctrinal and jurisprudential framework, it appears that the abortion of fetuses with microcephaly is still considered a crime, in view of the current legislation in force, and should remain so, since the right to life must prevail over any other right.

Keywords: Abortion. Microcephaly. Right to life.

REFERÊNCIAS

- ALDANA, M. *Vozes Católicas no Congresso Nacional: Aborto, Defesa da Vida*. Florianópolis: UCNC, 2008.
- ANADEP - Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. *Amicus Curiae*. *ADPF – 5581*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>> Acesso em: 05 maio. de 2020.
- ARAGÃO, N. S. *A descriminalização do aborto no Brasil*. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil/>> Acesso em: 05 nov. de 2019.
- BARROSO, L. R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 93-120, 2005.
- BITENCOURT, C. R. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988.
- _____. Senado Federal. Projeto Lei nº 2.574, de 07 de 2019. Criminaliza o aborto provocado que seja motivado pela má formação fetal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136519>>. Acesso em: 18 out. 2019.
- BRAZIL. Império do Brazil. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Código Criminal do Império do Brazil*, Rio de Janeiro, DF, 08 JAN. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.
- CAPEZ, F. *Curso de direito penal: Parte Geral*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CRAVINAS. Prática em Direitos Humanos e Direitos Sexuais e Reprodutivos. *Amicus Curiae*. *ADPF – 5581*. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>> Acesso em: 05 maio. de 2020.
- DINIZ, D. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, pp. 47-52, 2008.
- FERNANDES, M. *Aborto no STF: O caminho do STF para autorizar aborto em caso de anencefalia*. 2018. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/11/aborto-no-stf-como-a-suprema-corte-brasileira-autorizou-interruptao-da-gravidez-de-anencefalos_a_23471376/>. Acesso em 08 out. 2019.
- FRAGOSO, H. C. Lições, *Revista de Direito Penal*, v. 1, p. 135. 1971.

FRANÇA, L. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GALANTE, M. *Sinopse de direito constitucional para aprender direito*. 6.ed. Rio de Janeiro: BF, 2008.

GAZETA do povo. *O aborto eugênico é derrotado, mas o Brasil não pode baixar a guarda*. 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/aborto-eugenico-derrotado-stf-adi-5581-zika/>>. Acesso em: 02 maio. 2020.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, J. S. *O crime de aborto praticado por terceiros e sua responsabilização penal*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7924/O-crime-de-aborto-praticado-por-terceiros-e-sua-responsabilizacao-penal>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. Niterói-RJ: Impetus, 2016.

G1. *Veja como votaram os ministros do STF sobre aborto de feto sem cérebro*. 2012. Disponível em: <[http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-dostfsobreabortodefetosemcerebro.html#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,nesses%20casos%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20crime.&text=O%20ministro%20defendeu%20que%20%C3%A9,crime%20previsto%20no%20C%C3%B3digo%20Penal.>](http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-dostfsobreabortodefetosemcerebro.html#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,nesses%20casos%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20crime.&text=O%20ministro%20defendeu%20que%20%C3%A9,crime%20previsto%20no%20C%C3%B3digo%20Penal.>)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

JESUS, D. E. de. *Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2 v.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEJEUNE, J. *O que é o embrião humano? Teoria Geral*. 5 ed. Madrid: Ediciones Rialp, 1993.

MARTÍNEZ, G. P. B. *Curso de Derecho Fundamentales – Teoria General*. Madrid: Coedición Universidade Carlos III de Madrid y Boletín Oficial Del Estado, 1999.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. V. 2. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 59.

MIRANDA, P. *Tratado de Direito Privado*, 4. ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, W.B. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 38. ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2003. Pág. 64.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 2 v. Notícias sobre Microcefalia: Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/noticias-sobre/microcefalia/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

O SÃO PAULO. *Maioria do STF manifesta-se contra aborto em casos de zika vírus*. 2020. Disponível em: <<https://osaopaulo.org.br/noticias/brasil/maioria-do-stf-manifesta-se-contra-aborto-em-casos-de-zika-virus/>>. Acesso em: 13 maio. 2019.

PROVIDAFAMILIA. Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família - *Amicus Curiae*. *ADPF – 5581*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>>. Acesso em: 05 maio. de 2020.

PRADO, O. A. *Código de Hamurabi*. São Paulo: Editora Conceito Editorial. 2012.

RIBEIRO, F. R. G. *Aborto por anencefalia na mídia brasileira: análise retórica do debate entre as posições "pró-escolha" e "pró-vida"*. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100005>. Acesso em 07 out. de 2019

RIO DE JANEIRO. Presidência da República. Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

RUSSO, L. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SENADO FEDERAL. Senado notícias. *Possível liberação do aborto de fetos com microcefalia pelo STF é criticada na CAS*. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/25/possivel-liberacao-do-aborto-de-fetos-com-microcefalia-pelo-stf-e-criticada-na-cas>>. Acesso em: 28 out. 2019.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOCIEDADE brasileira para o progresso da ciência (SBPC): Disponível em: <<http://portal.sbpnet.org.br/>>. Acesso em: 05 out. 2019

SOUZA, C. P. *Da inconstitucionalidade da legalização do aborto nos casos de feto com microcefalia*: 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52976/da-inconstitucionalidade-da-legalizacao-do-aborto-no-caso-de-feto-com-microcefalia>>. Acesso em: 05 nov. de 2019.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TEODORO, F. J. M. *Aborto Eugênico: Delito Qualificado pelo Preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2008.

VARELLA, D. *Microcefalia*. 2019. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/microcefalia/>>. Acesso em: 08 nov. de 2019.

DECLARAÇÃO

Eu, **MIRIÃ ALVES DE LAET**, professora licenciada em Letras - Português pela Universidade Federal de Goiás – Regional Jataí, declaro para os devidos fins e efeitos, e para fazer prova junto à banca, que fiz a revisão metodológica de texto do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **ABORTO POR MALFORMAÇÃO FETAL NO BRASIL** de autoria da acadêmica **GERIANE VILELA DE ALMEIDA COUTO** do curso de **DIREITO** da **UNIRV - UNIVERSIDADE DE RIO VERDE - CAMPUS CAIAPÔNIA**.

Nada havendo mais a declarar e por ser expressão da verdade, firmo a presente declaração.

Caiapônia, 07 de junho de 2020



Miriã Alves de Laet