

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia busca analisar a decisão do STF, e da gestante ao praticar o aborto de fetos com microcefalia, essa discussão causada no Brasil, vem sendo bastante discutida entre a sociedade e parlamentares.

O presente tem como tema, o aborto de fetos com microcefalia, este tema é muito sensível dentro da sociedade, o aborto no Brasil é permitido dentro dos casos de estupro, risco de vida da gestante e quando o feto possui anencefalia, que em 2012 pelo STF foi autorizado.

Destaca que atualmente tramita perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581, que versa sobre o objeto da pesquisa. Não obstante, ainda não há uma decisão final sobre a questão.

A quantidade de casos de microcefalia traz a questão da legalização do aborto de fetos acometidos pela doença, que é provocada pela má-formação congênita do perímetro cefálico (CARVALHO FILHO, 2016, on-line).

Siqueira (2016, p.1) cita que “Para a socióloga Jaqueline Pitanguy, a mulher deve ter a opção pelo aborto, sem ser criminalizada. Afirmou que, em situações epidêmicas ocorridas anteriormente, o Brasil já se comprometeu em revisar a lei contra o aborto.”

Este trabalho trata a compreensão da interrupção da gravidez por fetos infectados pela microcefalia. A pesquisa pretende analisar apenas os aspectos jurídicos baseados em Leis, teorias e jurisprudências.

A partir desse tema aborda-se o seguinte problema: o aborto de fetos com microcefalia poderia ser realizado com base na decisão do STF que permitiu o aborto dos fetos anencefálicos?. A partir do problema, pretende explicar o motivo do aborto de fetos com microcefalia, salvo que a lei permite o aborto dentro de vários casos específicos.

Tem como hipóteses: partimos do pressuposto que, sim, a decisão do STF tem força normativa e que esta disso são, para além de moralismos, deve ser vista como de saúde pública.

Assim, tem como objetivo geral, estudar sobre o aborto de fetos com microcefalia ante à concepção do STF, tem ainda este trabalho como objetivos

específicos estudar sobre o aborto, compreender a microcefalia com base na decisão do STF, analisar permissão do aborto de fetos com microcefalia com base na decisão do STF que permitiu o aborto de fetos anencefálicos.

A escolha do tema se abona por fatos de discussões da decisão de legalizar o aborto de fetos com microcefalia, conforme as normas que são legalizadas dentro do Código Penal Brasileiro. Dentro da nossa legislação não permite a interrupção do feto de forma não espontânea.

O método utilizado é o dedutivo, portanto aborda uma pesquisa qualitativa. Os processos usados partem de doutrinas, leis, códigos, jurisprudências, artigos jurídicos, materiais da internet e decisões do STF.

Essa pesquisa abrange como função ter hipóteses acerca do aborto com microcefalia, é de suma importância para a sociedade por se tratar de um tema bastante discutido no Brasil.

Este trabalho possui três capítulos, para se chegar ao resultado, dentre deles o primeiro capítulo que estuda de forma bem aprofundada sobre o aborto, a contextualização da discussão no Brasil e no mundo, conceito e suas categorias, o aborto permitido e tipificado.

Já no segundo capítulo entra o estudo da microcefalia, os riscos dela, e também os estudos da Constituição e do Código Penal, os direitos fundamentais, e sobre um atual Projeto de Lei que acaba com a legalização do aborto e decisão do STF sobre aborto até 3 meses.

E por fim no terceiro e último capítulo onde será resolvido o problema tem como estudo sobre a anencefalia que foi permitido em 2012, analisará a permissão do aborto de feto com microcefalia com base na decisão de anencefálico, a anencefalia e a microcefalia e sua legalização.

2 ABORTO

Neste primeiro capítulo estudar-se-á sobre o aborto e ainda analisar os direitos que se pode praticar diante dele. Portanto para que a pesquisa alcance seu objetivo é necessário um estudo e a compreensão do tema, para que a investigação seja satisfatória.

Através de várias leituras sobre o aborto como no código, e doutrinas sobre esse o respectivo tema e demais pesquisas foram necessárias para escrever este capítulo.

O Código Penal brasileiro (1940) considera como aborto em seus artigos 124 a 128, a interrupção da gravidez com a expulsão do feto, ainda se formando. Para a caracterização do crime de aborto não importa se é natural ou não (inseminação artificial).

Aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção (ANDREUCCI, p. 239). Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) o aborto é a expulsão do feto pesando menos de 500g (aproximadamente 20-22 semanas de gestação).

Esse termo aborto designa a expulsão do feto de forma consentida ou não, tendo ou não a expulsão do feto destruído antes do tempo normal da gravidez. É preciso salientar sobre a regra do aborto em seus artigos. Para que provoque o aborto é necessário que se observe os dispostos artigos do CP.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal

de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

O capítulo está dividido entre o aborto, a evolução histórica da discussão no mundo e também no Brasil, o conceito de aborto e os tipos que tem o aborto permitido e o tipificado.

Então até aqui foi falado o que é o aborto, como os doutrinadores conceitua esse termo e o aborto identificado na lei, assim se pratica o aborto com a interrupção do feto que está sendo gerado na gestante.

No próximo capítulo será estudado de maneira mais abrangente sobre o aborto de fetos com microcefalia, com isso iremos entender mais sobre esse termo buscando avançar sobre a evolução de aborto (CARVALHO FILHO, 2016, on-line).

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO NO MUNDO

Na China no século XXVIII antes de Cristo, foi onde teve o primeiro método abortivo. O aborto sempre foi muito discutido e provocado por métodos diferentes seus aspectos religiosos, morais, éticos e legais são os objetos de debates em vários lugares do mundo.

Em algumas regiões não são punidos quem pratica o aborto, já em outros tem o castigo que pode ser até mesmo a pena de morte. No Código de Hamurabi de 1.700 antes de Cristo dizia que quem fizesse uma mulher abortar tinha penas que eram variáveis como multa de dinheiro e até a própria morte da pessoa.

Conforme a Bíblia em seu livro Êxodo, “Se numa rixa entre dois homens, um bater numa mulher grávida de sorte que a faça abortar, mas fique viva, o culpado compensará o dano de acordo com aquilo que o marido lhe impuser e os juízes julgarem”. Porém a Bíblia elenca punições a quem praticar ou for benévolo a prática de manobra abortivas.

No desenrolar da história da humanidade inúmeros povos estudaram e discutiram a problemática do aborto. Dentre eles estavam Israelitas (no século XVI antes de Cristo), Mesopotâmicos, Gregos e Romanos, mas limitava-se a compor considerações e críticas de cunho inteiramente moral (MATIELO, 1996, p. 11).

Os povos primitivos para eles praticar o aborto não era um ato criminoso, quem praticava recebiam punições. Embora o aborto sempre fosse praticado em todo o mundo.

Foi com renomados estudiosos Antigos, como Sócrates e Aristóteles, ao pregarem a utilidade do aborto como meio de contenção do aumento populacional, que este passou a ser visto sob outra ótica. Surpreendentemente, Aristóteles sugeria que fosse praticado o aborto antes que o feto tivesse recebido sentidos e vida, sem especificar, contudo, quando se daria este momento. É elementar que não o soubesse, pois com a tecnologia disponível na época se tornava impossível precisar tal momento. Sócrates também admitia o aborto, sem outra justificativa que não a própria liberdade de opção pela interrupção da gravidez. Nelson Hungria considera Aristóteles como antecessor das ideias defendidas por Malthus muitos séculos após a existência do sábio grego (SÁ, 2016, p.1).

Era um ato imoral a prática do aborto no período da República Romana, na época se considerava muito importante a aparência física. Foi só crescendo a quantidade de abortos até que os legisladores passaram a considerar ato criminoso. A Lei Cornélia foi criada para punir a mulher casada com a pena de morte para as que praticavam o aborto.

Com o Cristianismo foi que inseriu o que conceituamos até hoje de que o feto é uma vida. Pelas palavras de Matielo pode se entender, "Além do mais, sendo o homem criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria então, ter o poder de vida e morte sobre os demais, atributo este exclusivamente do Criador".

Em todo o mundo, segundo dados da OMS, das 210 milhões de gestações que ocorrem todo ano, entre 46 a 55 milhões, ou seja 22%, culminam em abortos. Destes, cerca de 30 milhões de procedimentos são obtidos legalmente e 20 milhões ilegalmente. Por dia são aproximadamente 126 mil. 78% dos abortos são realizados em países em desenvolvimento e os restantes 22% em países desenvolvidos.

Aproximadamente 97 países, com cerca de 70% das mulheres do mundo, tem leis que permitem a estas o aborto clinicamente assistido. Noventa e três países, com cerca de 30% da população feminina, proíbem o aborto ou permitem o aborto apenas em situações especiais como deformações do feto, violações (estupro

dentre elas) ou risco de vida para a mãe – nosso país se inclui neste último grupo. Conforme exposto, todos os anos cerca de 20 milhões de abortos são realizados em países onde esta prática é restringida ou proibida por lei – portanto, praticados ilegalmente, na clandestinidade (SÁ, 2016, p.1).

Há aborto em todo o mundo e são muitos os casos, muitos legalmente, mas também tem vários praticados como ilegalmente, a maioria dos países tem as leis que permitem, mas sempre existe as exceções, alguns permitem só se estiver deformações no feto, ou risco de vida para gestante; nos casos de estupro, dentro está o Brasil sobre essas exceções.

Os maiores casos de aborto são nos países que não é permitido por lei, do que naqueles que é legalizado. Diante disso percebe que sendo legal ou não, as gestantes interrompem a produção dos fetos por algum motivo.

Na França é permitido o aborto até as doze semanas caso tenha razões como econômicas, sociais, se for menor de idade a gestante terá que ter o consentimento do representante legal. Para a prática de aborto só nos casos de risco à gestante ou da malformação do feto.

Portugal foi um dos últimos países europeus a legalizar o aborto. Como era proibido, as gestantes iam aos países vizinhos para então abortar e em 2007 foi legalizado como se notava esses casos.

Assim, até a décima semana independente de exceções pode se abortar. No caso de estupro até as dezesseis semanas e vinte e quatro semanas nos casos de malformação do feto, em qualquer momento caso corre perigo para a gestante. Na China e no Brasil é crime o aborto. Já nos Estados Unidos e na Austrália o aborto é permitido em qualquer situação.

2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO NO BRASIL

No Código Criminal do Império de 1830 é que foi pela primeira vez tratado o aborto no Brasil nos artigos 199 e 200.

Art. 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas.

Art. 200 – Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime foi cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes. Penas dobradas.

Diferente o Código Penal da República de 1890 pintou o aborto pela própria gestante, colocando se acontecesse a morte da gestante a pena seria agravada.

Art. 300 - Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano.

§1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos.

§2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art. 301 Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fins os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.

Art. 302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligencia. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.

Por fim, em 1940 que criou o nosso Código Penal onde aborda na parte especial no título I sobre o aborto em seus artigos 124 a 128 como já foram citados no item 2.

2.3 CONCEITO E CATEGORIAS DE ABORTO

As doutrinas classificam vários tipos de aborto, sendo elas:

O natural que é aquele de forma espontânea, normalmente causada por problemas de saúde da gestante, não há crime nesse; O acidental por acidentes em geral, decorrentes de quedas, traumatismos, também não há crime; Os criminosos que estão situados nos artigos 14 a 127 do CP, que é a interrupção forçada e voluntária da gravidez chegando a morte do feto;

O legal ou permitido situado no artigo 128 do CP que é a morte do feto admitido por lei. Se divide essa forma em duas: aborto terapêutico ou necessário que é a interrupção da gravidez por recomendação médica para salvar a vida da

gestante. Que no caso é um estado de necessidade. E aborto sentimental ou humanitário, é quando haja autorização legal para interromper a gravidez, mas somente quando a mulher for vítima de estupro. Nesse caso o legislador escolheu proteger a dignidade da mãe, que sendo vítima não quer manter o feto que no futuro poderá trazer consequências como psicológica e na sua qualidade de vida futura, não há pena;

Miserável ou econômico-social - aquele que tem a incapacidade financeira de sustento para a vida no futuro, causa a morte do feto por razões econômicas ou sociais, a mãe não ter condições de cuidar do filho;

Eugenésico ou egênico - praticado dos comprovados riscos como o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas. Recai em especial no caso dos fetos anencefálicos;

Honoris causa para interromper a gravidez *extra matrimonium* é crime; Ovular - é o praticado até a oitava semana da gestação; Embrionário - é o praticado até a décima quinta semana da gestação, e Fetal - é o praticado após a décima quinta semana de gestação; (CUNHA, 2014).

Como mencionado essas são as formas que as doutrinas classificam o aborto com as explicativas cada uma. Compreendendo que tem várias formas que são permitidas: o aborto no natural, acidental, legal ou permitido e dentre outros.

Diniz (2003) confia que o aborto está apto a várias classificações. Quanto o objeto pode ser: Ovular, se praticado até a 8º semana de gestação; Embrionário, operando até a 15º semana de vida intrauterina, ou seja, até o 3º mês de gravidez e, Fetal, ocorrendo até a 15º semana de gestação (DINIZ, 2003, p.149).

Existem quatro principais teorias que procuram explicar o começo da vida, a lei não determina quando começa, cabe à doutrina arranjar. Uma das teorias fala que começa na fecundação, outras falam que é no momento que se completa no décimo quarto dia após a fecundação já uma terceira teoria fala que é por volta de duas ou três semanas após a fecundação em que se detecta atividade cerebral com tecidos nervosos e com eletroencefalograma, contudo outras defendem que é só quando ele demonstrar capacidade de viver fora do útero.

Teles ([200-]) *apud* LACADENA, 1992 dá a resposta para o problema:

Apesar do amplo espectro de respostas, tudo parece indicar que a posição mais aderente à realidade biológica é aquela em que se

estabelece o conceito de vida humana no momento exato em que o ser humano se individualiza. E quando isto ocorre? 'A individualização de um novo ser requer que se deem duas propriedades: a unicidade – qualidade de ser único – e a unidade – realidade positiva que se distingue de toda outra; quer dizer ser um só'. A unicidade pode ser rompida pelos gêmeos monozigóticos, que se formam pela divisão de um embrião e a unidade pode ser contrariada biologicamente pela existência comprovada de quimeras humanas, isto é, de 'pessoas que realmente estão constituídas pela fusão de dois zigotos ou embriões distintos'. 'Ambas as situações, o gêmeo lismo monozigótico e as quimeras contradizem a necessária unidade e unicidade – e portanto a herança genética – que são exigências para poder-se afirmar, sem fissuras, a individualidade do ser humano. Mas, por assim dizer, por quanto tempo persiste esta incerteza genética? A resposta parece encontrar-se no fato de um embrião não pode deixar de ser o que é a partir do décimo quarto dia da fecundação, quando aparece o primeiro tecido nervoso com a crista neural e coincidindo com a final da implantação. Daí resulta ser fundado admitir-se que durante os primeiros quatorze dias de desenvolvimento – fase pré-nidificatória ou pré-implantária – o embrião não está individualizado, pois segundo expressão de biólogo, 'não sabemos se será um de dois ou dois de um'. 'Pode acrescentar-se a isto que os embriões precoces não adquiriram o que mais define biologicamente a personalidade do ser humano: as propriedades imunológicas, que adquirirão em fase posterior.' Destarte, é no momento de nidificação, que o zigoto 'estabelece uma relação de comunicação com outro ser da mesma espécie: sua mãe. Com efeito, é a partir do início da nidificação, que o organismo da mulher é informado da presença do embrião e, em consequência, reage. É a presença do embrião implantando-se no endométrio que, por assim dizer, desencadeia a desprogramação do ciclo menstrual e a programação do ciclo gestacional' (TELES ([200]) apud LACADENA, 1992, p.86-87).

2.4 ABORTO PERMITIDO E ABORTO TIPIFICADO

As presunções do aborto permitido ou legal estão situadas no artigo 128 do Código Penal citado no item 2, essa modalidade de aborto deve ser praticada por médicos. A primeira presunção legal ou permitida do aborto está no inciso I, o aborto necessário também chamado terapêutico que pratica quando não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Doutrinas entendem que seja um estado de necessidade que outra pessoa no lugar do médico, sem qualidade profissional, como parteiras entre outros, pode realizar o parto naquele momento de salvar a vida.

O estado de necessidade é somente no lugar do perigo atual, no caso do artigo 128, I, não é exigido, pois basta a certeza da morte da gestante para que o aborto seja necessário.

Se o agente não for médico, poderá apenas praticar o aborto se presente o perigo atual para a vida da gestante, evidenciando-se assim o estado de necessidade de terceiro como causa excludente da antijuricidade (ANDREUCCI, 2014, p. 245).

A segunda presunção do aborto legal ou permitido está no inciso II que é o aborto humanitário ou sentimental ou ético que é no caso de gravidez resultante de estupro, pois não precisa de prévia autorização judicial.

De acordo como inciso II, o motivo incide em que nada justifica impor a vítima ao atentado sexual, ofendida em sua honra, a gestação que talvez for odiosa e lembrada o acontecimento constrangedor em sua vida.

Para excluir esse crime o aborto tem que ser praticado por médico quando for resultante de estupro dependendo de consentimento da gestante ou quando for incapaz, de seu representante legal.

3 MICROCEFALIA

Neste capítulo será abordado sobre a microcefalia, o que ela é, sobre a decisão do STF, os riscos que ela traz, os direitos fundamentais, e o projeto de Lei que acaba com a legalização do aborto e decisão do STF sobre o aborto legal de até 3 (três) meses.

Será um capítulo onde irá entender melhor a microcefalia, para demonstrar o quanto a criança e a família sofrem com a má formação no bebê, de acordo com várias leituras de artigos e notícias da internet que foi elaborado este capítulo.

Para a melhor compreensão do assunto foi dividido o capítulo desde o conceito até os direitos fundamentais, falando tudo que é necessário para entender da melhor forma sobre a microcefalia.

Uma forma de aborto que está sendo muito discutida é sobre a microcefalia, para legalizar como fez com a anencefalia com base na decisão do STF. “Grupos de advogados, acadêmicos e ativistas com objetivo de propor ação no Supremo Tribunal Federal cujo pedido é a descriminalização da prática de aborto em fetos com microcefalia” (CARVALHO FILHO, 2016, p.1).

A quantidade de casos com microcefalia está muito grande, esse assunto está sendo muito debatido, que é uma legalização para interromper a gestação da má formação no bebê ocorrido pela microcefalia.

A microcefalia é doença qualificada pela má formação congênita do perímetro cefálico conforme o Ministério da Saúde. Os efeitos da doença são graves como provocar complicações cognitivas, neurológicas, motoras e respiratórias. E ainda enseja retardo mental em 90 % dos casos (CARVALHO FILHO, 2016, p.1).

No Brasil, nos últimos meses, o aumento de casos de microcefalia vem se tornando maior em bebês. As possíveis causas da microcefalia são transmitidas pelo o mosquito *Aedes Aegypti*, que causa contaminação na gestante pelo Vírus Zika.

Pelo relatório do Ministério da Saúde os casos que suspeitam de microcefalia chegam a quase 5.000 e os números só aumentam, desses 5.000 registra-se aproximadamente 70 óbitos (CARVALHO FILHO, 2016, p.1).

Por enquanto, a quantidade maior de casos está no nordeste do país, no estado de Pernambuco, Paraíba e Bahia, mas há casos notificados em vários estados do Brasil. Entretanto os profissionais da saúde orientam as mulheres desses Estados, a não engravidar.

A situação de surto de microcefalia é tamanha na Região Nordeste que profissionais da área da saúde chegaram a sugerir às mulheres dos Estados com maior índice de infecção, que evitem a gravidez ou que sejam acompanhadas rigorosamente por médico, em caso de grávidas, em razão da vulnerabilidade constatada. É uma solução aflitiva e em ambas as propostas refletem total insegurança e interferem no planejamento familiar que também é garantida constitucional (QUINTINO, 2015, p.01).

A microcefalia é que o bebê nasce com o crânio menor do que o normal, o perímetro da cabeça é 32 cm ou menor. É uma má-formação congênita no desenvolvimento do cérebro. Os bebês que desenvolveram a microcefalia apresentaram os sintomas da infecção pelo vírus no primeiro trimestre dentro da barriga da mãe. Segundo a Beatriz Beltrame (2016, p.1):

A microcefalia é uma doença em que a cabeça e o cérebro das crianças são menores que o normal para a sua idade, o que prejudica o seu desenvolvimento mental, porque os ossos da cabeça, que ao nascimento estão separados, se unem muito cedo, impedido que o cérebro cresça e desenvolva suas capacidades normalmente.

Até aqui vimos sobre a microcefalia e o que ela é, de forma bem detalhada. No próximo subtítulo do capítulo será falado sobre o Código Penal e a Constituição Federal no que trata o aborto de fetos com microcefalia.

3.1 CÓDIGO PENAL E CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesse subtítulo vai ser falado sobre as leis que trata do aborto de fetos com microcefalia, de forma bem clara vai ser mostrado sobre o aborto e a vida, para ter uma finalidade.

Foi elaborado em estudos na lei seca, e matérias da internet sobre o assunto, como é seguido a Lei em diversos países e o mais importante é que no nosso país é um tema que está sendo bastante discutido.

Na França, a interrupção da gravidez pela vontade da gestante pode ser até a 12º gestação, mas somente pelas razões médicas que poderá provocar. Por má formação do feto é sempre possível e ainda em qualquer época (CARVALHO FILHO, 2016, p.1).

Na Espanha quando averiguada a má formação, a interrupção é aceita até a 22º semana da gestação. Em Portugal é permitido o aborto de fetos com a má formação nas primeiras 24 semanas de gestação (CARVALHO FILHO, 2016, p.1).

A gestante escolher o direito de ter a gravidez ou não é o mais importante. De acordo com suas escolhas, sua vida, condições, o aborto permitido não tira da mulher o direito de ter sua criança, assim quem compreender que necessita fazer o aborto faz quem vê que realmente quer ter um filho ou não faz; o ideal é isso, suas escolhas, que será o melhor para a vida do bebê.

As mulheres abortam por algumas condições, alguma necessidade profunda, pois não se arriscam ser presa, morrer, por coisas inúteis, nenhuma delas abortaria por algum motivo forte.

Na Lei Penal tem especial proteção da vida humana. Entretanto, no Título I do Capítulo I da parte especial do Código Penal é firmado os crimes contra a vida, como o aborto.

Desde então no capítulo 1 (um) já citamos sobre os artigos que menciona o aborto e o conceito de aborto no item 2, segundo Teles (2004, p. 172) “As normas penais que incriminam o aborto, contidas nos artigos 124, 125 e 127 do Código Penal, têm como finalidade proteger a vida humana intra-uterina.” Desta forma também coaduna Cunha (2008, p.36) “protege-se nos citados tipos penais, a vida intra-uterina”. De igual forma Nucci (2003, p.422-429) pensa do mesmo jeito.

Quando há a morte do feto é quando se pratica o crime, mesmo estando dentro da mãe, importante ressaltar que a morte seja em razão da manobra abortiva. Caso não esteja vivo, ou não tem chances de vir, não será considerado como crime.

A gestante ou o médico que realizem o aborto de fetos anencéfalos terão suas condutas nos artigos 124 e 126 do Código Penal que será amoldada essas condutas.

No artigo 128 do CP (1940), apenas tem duas causas de excludentes de ilicitude que pode advir sobre o tipo de aborto, que são o aborto necessário ou terapêutico e aborto ético ou sentimental.

Mulheres grávidas de fetos com microcefalia devem poder abortar, e a relação de ter uma criança com deficiência, saber que aquele filho que vai nascer, vai ter vários problemas, que vai sofrer muito no mundo, é bom poder ter a escolha de antes de tê-lo poder retirar, será uma decisão da gestante naquele momento.

No artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos de nosso Estado. Ela foi a primeira a trazer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana vem como princípio pela atual Constituição, que visa proteger todo e qualquer ser humano contra tudo que leva ao desrespeito, independentemente de qualquer condição, como raça, cor, religião, sexo.

A dignidade da pessoa humana busca proteger o ser humano, de qualquer agressão física ou moral que o rebaixe de sua condição. Na CF tem como uma de suas garantias pétreas o direito à vida.

A microcefalia é uma doença de determinadas situações que pode colocar a vida da gestante e da família na situação de indignidade diante de circunstância precária do filho ou filha.

Esse princípio, em nosso caso, pode ser visto em duas frentes: a primeira como garantidor do direito à vida para o feto e a segunda, como garantidor do direito da mãe de escolher sobre a interrupção da gravidez, pois uma limitação a autonomia da mãe, implica em um tratamento indigno para esta (COSTA, 2007, p. 18).

O princípio que protege a vida, provavelmente é o mais importante. A medicina diz que a microcefalia causa a má-formação do crânio, o cérebro menor, impede a pessoa de crescer normal, e ter uma vida digna.

Entende que a criança com microcefalia não teria uma vida digna, principalmente na escola, não iria conseguir fazer o mesmo que os colegas, sempre vai ter que ter alguém para cuidar direto, e a família nem todas tem condições.

No próximo segundo subtítulo será falado sobre a decisão do STF sobre a microcefalia, que teve várias discussões sobre esse tema bastante discutido atualmente no Brasil.

3.2 DECISÃO DO STF SOBRE A MICROCEFALIA

Nessa parte do capítulo será demonstrado a decisão do STF sobre a possibilidade de legalizar o aborto de bebês com microcefalia. Tem como finalidade obter um resultado sobre esse tema polêmico.

Através do site do STF, e diante de notícias da internet que foi elaborado o texto, para entender sobre o posicionamento do STF para a decisão do aborto de crianças infectadas.

Foi protocolado no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou Adin), questionando dispositivos da Lei 13.301/2016, pelos Defensores Públicos. A referida lei trata do combate às doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, e ainda a Associação Nacional dos Defensores Públicos pede que conforme o Código Penal trata das formas de interrupção da gravidez sobre a microcefalia.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) protocolou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581), juntamente com arguição de descumprimento de preceito fundamental, questionando dispositivos da Lei 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika. O principal ponto questionado é o artigo 18, que trata dos benefícios assistenciais e previdenciários para as crianças e mães vítimas de sequelas neurológicas. A associação pede ainda que se dê interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez (BRASIL, 2016, *on-line*).

Dispositivos questionados na Ação Direta de Inconstitucionalidade são os artigos 1º caput § 1º, 2º e 3º, artigo 18º caput, § 2º e 3º da Lei Federal nº 13.301/16, artigos 124, 126 e 128 do Código Penal como já foi citado no início da pesquisa. A Lei trata a vigilância da saúde das crianças infectadas com o vírus que supõe que causa a microcefalia.

A Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016, dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus Chikungunya e do vírus da Zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, dispondo que:

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 8.080, 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 pelo 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 (BRASIL, 2016, *on-line*).

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade, destaca o artigo 18 § 2º e 3º da Lei 13.301/2016 que diz dá-se o benefício no prazo de três anos, para a criança vítima de microcefalia, decorrente de doença transmitida pelo *Aedes aegypti*. O parágrafo segundo restabelece que o salário será dado após a cessação do gozo da maternidade estipulado que a criança vítima de microcefalia que será de 180 dias.

Art. 18. Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.742, 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*.

§ 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 5.452, de 1º 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 reconhecimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 2016, *on-line*).

Com a mudança do caput do artigo 18 da Lei citada antes só beneficia crianças com microcefalia, e não com outras doenças, o que era previsto na Lei 8.742/1993 era um salário mínimo às pessoas com deficiências e ao idoso.

A população que sofre o maior número de riscos é de mulheres pobres, entretanto o benefício deve não ser no máximo três anos, pois a doença será para vida toda no ser humano.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade os defensores pedem o benefício não somente para as crianças de sequelas neurológicas com microcefalia transmitidas pelos vírus, mas também outras desordens provocadas pelo o vírus.

A compreensão da proposta da Associação Nacional dos Defensores Públicos quer o benefício da prestação continuada para as crianças que foram vítimas de microcefalia ou de outras consequências vindo do vírus afastando o prazo de gozo, assim provando a doença por perícia.

Conforme o artigo 128, I e II do Código Penal a Ação Direta de Inconstitucionalidade julga constitucional a interrupção da gravidez das gestantes infectadas pelo vírus zika que enquadra com um estado de necessidade.

A Anadep pede ainda que se declare a inconstitucionalidade do enquadramento da interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika no artigo 124 do Código Penal. Alternativamente, o pedido é de que se julgue constitucional a interrupção nesses casos, “em função do estado de necessidade com perigo atual de danos à saúde provocado pela epidemia de zika e agravada pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor”, com a sustação dos inquéritos policiais, prisões em flagrante e processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação da infecção da gestante (BRASIL, 2016, *on-line*).

Vimos a Ação de Inconstitucionalidade para interromper a gravidez da gestante infectada pelo vírus zika, na sequência será falado sobre os riscos da microcefalia.

3.2.1 RISCOS DA MICROCEFALIA

Nesse capítulo será mostrado os riscos da microcefalia, o que ela causa ao bebê, para melhor entendermos as consequências dessa doença infectada pelo vírus zika, de acordo com várias leituras em artigos jurídicos, notícias, site do Supremo Tribunal Federal, dentre vários site que será elaborado essa subdivisão desse subtítulo.

As consequências da doença são graves e que são muitos os problemas que afetam, e muitos casos sobre a microcefalia vem ocorrendo, muitos chegam a óbitos. Por ser grave o aborto chega em ênfase a discussão para a interrupção da

gravidez em bebês com microcefalia, que as crianças no futuro com consequências, como ocorre na anencefalia.

As consequências da microcefalia também podem ser provocadas por diversas outras causas, como as Síndromes de Down, de Patau e de Edward. Assim, se permite a interrupção voluntária da gravidez nos casos de microcefalia, possibilitar-se-á extensão, por analogia, da escolha de praticar aborto cenários de deficiência (CARVALHO FILHO, 2016, *on-line*).

Nos casos de microcefalia, muitas mulheres estão procurando clínicas ilegais para realizar o aborto, pois preferem abortar, do que no futuro sofrer com riscos da criança, e a família sofrer.

Há graves consequências às crianças com microcefalia, como atraso mental, déficit intelectual, rigidez dos músculos, paralisia, entre outros vários problemas.

O pior é que não existe tratamento próprio para a microcefalia, só as medidas para ficar menor os sintomas, conforme a Dr. Beatriz Beltrame explica. Desde então a família deve estar preparada para:

[...] Fisioterapia por toda a vida para se desenvolver melhor, prevenindo complicações respiratórias e até mesmo úlceras que podem surgir por ficarem muito tempo acamadas ou numa cadeira de rodas.

Todas estas alterações podem acontecer porque o cérebro precisa de espaço para que possa atingir o seu desenvolvimento máximo, mas como o crânio não permite crescimento do cérebro, suas funções ficam comprometidas, afetando todo o corpo (BELTRAME, 2016, *on-line*).

A microcefalia é quando o bebê apresenta medida menor abaixo da média específica, e maioria dos casos há associação com retardo mental, conforme a Organização Mundial da Saúde.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a microcefalia é caracterizada pela medida do crânio realizada, pelo menos, 24 horas após o nascimento e dentro da primeira semana de vida (até 6 dias e 23 horas), por meio de técnica e equipamentos padronizados, em que o Perímetro Cefálico (PC) apresente medida menor que menos dois (-2) desvios-padrão abaixo da média específica para o sexo e idade gestacional. Além disso, a OMS considera que a medida menor que três (-3) desvios-padrões é definida como microcefalia grave. Em 90 % dos casos de microcefalia há associação com

retardo mental, exceto nas de origem familiar, que podem ter o desenvolvimento cognitivo normal. O tipo e o nível de gravidade da seqüela vão variar caso a caso. As microcefalias têm etiologia complexa e multifatorial, envolvendo fatores genéticos e ambientais (CEVS, 2016, p.1).

Entretanto, muitas são as consequências da doença, onde os pais sofrem muito com isso, pois é para vida toda, não tem cura, e sempre tem que ficar tratando. Já vimos que a microcefalia é uma situação que a cabeça do ser humano é do tamanho menor.

A microcefalia pode ser classificada como sendo primária quando os ossos do crânio se fecham durante a gestação, até os 7 meses de gravidez, o que ocasiona mais complicações durante a vida, ou secundária, quando os ossos se fecham na fase final da gravidez ou após o nascimento do bebê (BELTRAME, 2016, *on-line*).

Desde então a microcefalia é algo muito sério e ainda que não tem cura, que as crianças devem ser tratadas para o resto da vida, já nascem com problemas, e os custos para tratar são muitos. Na sequência será falado sobre as análises de colisões de Direitos Fundamentais

A microcefalia não tem cura porque o fator que impede o desenvolvimento cerebral, que é a união precoce dos ossos que forma o crânio, não pode ser retirado. Se esta união precoce dos ossos acontece ainda durante a gestação, as consequências podem ser mais graves porque o cérebro pouco se desenvolve, mas existem casos em que a união destes ossos ocorre no final da gestação ou após o nascimento, e neste caso a criança pode ter consequências menos graves (BELTRAME, 2016, *on-line*).

3.3 ANÁLISE DE COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta parte do capítulo pretende-se de forma bem clara estudar os direitos fundamentais, para assim ter uma finalidade sobre o aborto de fetos com microcefalia. Que ao longo do subtítulo será demonstrado.

De acordo com várias leituras em doutrinas, artigos, pesquisas na internet, que será elaborado o estudo, para então ter um melhor entendimento acerca da pesquisa.

A vida do nascituro é um bem que está protegido pela Constituição. O problema é quando uma gravidez não desejada viola os direitos fundamentais da mãe, partindo do conflito dos direitos da gestante e do feto.

O conceito de vida é bastante debatido, entre questões religiosas, filosóficas, doutrinadores, dentre outros. Segundo Roxin (2004, p.78) “se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção”. O Direito será igual a todos como afirma Reale:

A vida da mãe tem maior valor que a do feto, pois é de interesse social a sua sobrevivência. Sob o aspecto existencial torna-se o problema indiscutível. A gestante tem autonomia, é um ser que se afirmou no mundo, estabelecendo com os demais relações que a fazem partícipe da comunidade. É ela um ser autônomo, que se afirmou pessoal e socialmente, agindo sobre o mundo de modo independente. É um ‘eu’ que se impôs à consciência alheia, estabelecendo relações intersubjetivas, sendo objeto de conhecimento alheio, ao mesmo tempo que faz dos outros objetos de sua consciência. O feto, por outro lado, não se fez ao mundo, não possui autonomia, não tem caráter pessoal, não se elevou ao nível das consciências alheias, não determinou sua própria situação, não alcançando a liberdade, que é o elemento distintivo do homem. Podemos, assim com Boaventura Santos, concluir que, sob o aspecto existencial, a vida do feto não constitui uma existência pessoal tal como a da mãe, em razão do que sua importância social é inferior (REALE, 1999, p. 257).

Entretanto a vida da gestante tem mais valor do que a do feto, ela teve autonomia, já está ali no mundo, desde então o feto não tem autonomia, não está no mundo, a mãe é existente, já o feto não.

3.4 PROJETO DE LEI QUE ACABA COM A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E DECISÃO DO STF SOBRE O ABORTO LEGAL ATÉ 3 MESES

Neste último subtítulo do capítulo, pretende compreender o atual Projeto de Lei que destrói a legalização do aborto, a decisão do STF julgada recentemente sobre o aborto legal até 3 meses.

Sua finalidade é mostrar a ideia do STF sobre a legalização do aborto. De acordo com leitura e pesquisas sobre a decisão de legalizar o aborto até 3 (três) meses, assim foi elaborado o subtítulo. É o que veremos adiante.

Muito recentemente foi julgado que aborto até o terceiro mês não é crime em um caso específico, assim decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 29 (vinte e nove) de novembro de 2016 (dois mil e dezesseis). Onde, revogaram a prisão preventiva de 5 (cinco) médicos e funcionários de uma clínica de aborto, mas a decisão só vale para o caso específico, só que abre uma prévia no país para a descriminalização.

Conforme o voto do ministro Luís Roberto Barroso:

A criminalização do aborto nos três primeiros meses da gestação viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o direito à autonomia de fazer suas escolhas e o direito à integridade física e psíquica. A criminalização do aborto não é aplicada em países democráticos e desenvolvidos, como os Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido e Holanda, entre outros. “Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobre. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade (BARROSO, 2016, p.1).

Assim podendo abortar nos primeiros 3 (três) meses, (BARROSO, 2016, p.1) o autor compreendeu que para a criminalização pode ser aplicada a partir dos meses seguintes pois durante o período de 3 (três) meses o feto não foi formado como o desenvolvimento sentimental e racional.

Junto com o voto dele Rosa Weber e Edson Fachin acompanharam, outrossim, Marco Aurélio e Luiz Fux não votaram sobre a questão, decidiram só sobre a legalidade da prisão do caso que tratava da revogação de prisão de cinco pessoas detidas.

Entretanto Barroso disse:

A interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos Artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (BARROSO, 2016, p.1).

Barroso (2016, p.1) fala que é preciso observar em que situação a criminalização protege o feto, pois a quantidade nos países onde é permitido o aborto de fetos é parecida nos países onde é ilegal. A taxa é menos onde é legalmente, já onde é legalizado o aumento é muito mais.

Em relação a adequação, é preciso analisar-se em que medida a criminalização protege a vida do feto. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres e idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014 (BARROSO, 2016, p.1).

Então vimos sobre a microcefalia, os direitos fundamentais, e a legalização do aborto até 3 (três) meses. Entretanto além dos artigos 124 a 128 previstos no CP, é permitida a interrupção da gravidez de feto anencefálico, julgado procedente a ação pelo STF em 2012.

Na sequência será estudado sobre a anencefalia, a decisão da legalização do aborto de fetos anencefálicos, a microcefalia e sua legalização, no entanto será resolvido o problema deste trabalho.

4 PERMISSÃO DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA COM BASE NA DECISÃO DE ANENCEFÁLICO

Este capítulo é para demonstrar a decisão de anencefálico conforme a legalização do aborto de fetos com microcefalia, sobre a permissão por este tema bastante polêmico no país inteiro nos dias de hoje.

Com esse capítulo pretende mostrar a importância de legalizar o aborto de fetos com microcefalia, onde a gestante terá o direito da escolha de abortar ou não ao descobrir que o nenê que está gerando possui a microcefalia.

Foi elaborado de acordo com várias leituras sobre o tema, a grande discussão, leituras em artigos, teses, notícias, sites da internet, doutrinas, e principalmente leitura na decisão de anencefálico.

Para a melhor compreensão sobre o assunto, foi dividido o capítulo, falando sobre a permissão do aborto de fetos com microcefalia com base no que foi decidido na decisão de anencefálico.

Atualmente, no Brasil, a lei determina duas formas de aborto, entretanto consta no Código Penal, como já foi falado no início do trabalho sobre as permissões, que é em caso de risco da gestante, ou quando a gravidez vier de um estupro.

Então, em 2012, surgiu outra forma que pode ser praticado o aborto, pois o STF admitiu o aborto de feto anencefálico. Diante disso houve várias polêmicas de defensores da descriminalização do aborto,

A epidemia do Zika vírus se invadiu por vários países, com isso várias discussões no Brasil surgiram sobre a possibilidade de aborto dos fetos com microcefalia.

Semelhante a microcefalia com a anencefalia, em 2012 foi discutido no STF por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos.

Apesar do apelo de várias instituições religiosas e contrárias a prática do aborto, o Supremo, por maioria, julgou procedente a ação declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Desde então, seguindo a

decisão do Tribunal Constitucional, a prática do aborto dos fetos anencéfalos está autorizada no Brasil (SENA, 2016, p.1).

Diante dessa polêmica é preciso observar a semelhança dos direitos, o direito à vida do feto e direito à dignidade da pessoa humana da mulher. Na decisão do aborto anencefálico, o STF reafirmou que o direito à vida não goza de status absoluto, a CF ter limitado esse direito prevenindo a aplicação da pena de morte.

A lei penal exclui a tipicidade da prática de aborto quando a vida da gestante correr risco ou nos casos de estupro (SENA, 2016, p.1). O STF ampliou o rol de possibilidades de aborto, priorizando o direito à dignidade da mulher, além de proteger os preceitos que o Estado garante.

A medicina aponta que na microcefalia, a má-formação do crânio e o cérebro reduzido impedem o ser humano de crescer normalmente e ter uma vida digna. A criança com microcefalia não teria uma vida digna, não igual as outras, não podendo fazer tarefas igual as outras crianças, desenvolver habilidades musicais ou esportivas. Ela iria viver sobre vigilância, tendo cuidado diário, sendo que nem todos os pais possuem essa condição.

Noronha explana sobre aborto eugênico:

Ocorre esta espécie quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doença da mãe, durante gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquele, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc (NORONHA, 1994, p. 62).

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para suprir possíveis falhas das Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelas quais as siglas correspondem “ADI’s”.

Deste modo, a ADPF de nº 54 foi apresentada para dar condições de valia de um preceito fundamental. Assim, o direito à vida é imprescritível, não há formas de dizer quais as formas se limitam a vida de um embrião.

O então ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, em face de medida cautelar que é o procedimento judicial que visa prevenir, defender ou até assegurar a eficácia de um direito, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 54-8 do Distrito Federal, autorizou o

aborto de feto anencéfalo, delegando à gestante a decisão de levar a gravidez até o nascimento ou interrompe-la assim que descoberta a doença.

Tratando de forma direta como procedimento médico e não aborto, evitando danos jurídicos para quem o pratica. Ocorre que essa decisão causou alvoroço e dividiu opiniões em todas as classes sociais, profissionais e religiosa, inclusive no âmbito jurídico, pelo qual alguns representantes mostraram sua indignação, enquanto outros se posicionaram favoravelmente aludindo vários aspectos.

A questão proposta na ADPF n° 54 é de tamanha relevância que foi também uma das mais importantes a ser votada pelo tribunal, pois se explica a grande argumentação tanto da sociedade como do judiciário.

Foi plausível o número de manifestantes que reivindicaram contra o aborto, religiosos e populares fizeram-se presentes para manifestar seus argumentos contra e a favor do aborto de anencéfalos.

4.1 ANENCEFALIA

Segundo Beletato (2016, p.1), a anencefalia é uma anomalia que consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial ou total do encéfalo e do crânio, resultante por um defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Dessa maneira, esclareceu o Doutor Heverton Neves Pettersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal:

O encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, é necessário a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um troco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio (NEVES, 2016, p.2).

Nas palavras de Daniel Martarelli da Costa, em seu trabalho de graduação “Da Possibilidade de Interrupção da Gravidez de Fetos Anencéfalos sem Necessidade de Autorização Judicial” ele expõe da seguinte maneira:

Esse princípio, em nosso caso, pode ser visto em duas frentes: a primeira como garantidor do direito à vida para o feto e a segunda,

como garantidor do direito da mãe de escolher sobre a interrupção da gravidez, pois uma limitação a autonomia da mãe, implica em um tratamento indigno para esta (COSTA, 2007, p.18)

A anencefalia é uma doença que comete alguns fetos, sendo detectada por exame pré-natal, que pode ser realizado a partir do segundo trimestre de gestação. Durante a gestação pode causar à morte do feto por isso deve se incluir na ADPF nº 54 a interrupção da gravidez, encaixa nesta modalidade, se não causar a morte o bebê nasce com vários problemas que terá que tratar continuamente na área da saúde e os gastos são muitos grandes.

A síndrome congênita do vírus zika, em algumas gestações, causa a inviabilidade do prosseguimento da gravidez devido à morte do embrião ou do feto. Nessas situações, a possibilidade de interrupção da gravidez amolda-se perfeitamente ao precedente firmado na ADPF nº54.

Pondera que a síndrome congênita do zika pode em outras situações, apesar de não produzir a morte do embrião, d feto ou do recém-nascido, causar danos neurológicos e impedimentos corporais permanentes e severos. Em verdade, todos os efeitos nocivos causados por essa infecção ainda são conhecidos pela literatura médica e científica, porém já se sabe que muitas crianças terão capacidades de desenvolvimento livre e autônoma substancialmente diminuídas, sendo dependentes de cuidados permanentes e tratamentos médicos contínuos para os mais sutis progressos (ROCHA, 2016, p.1).

A anencefalia pode afetar os fetos no início da formação. Esta anomalia pode ser diagnosticada nos primeiros meses de gestação e sua origem ainda não possui nenhuma justificativa concreta.

A anencefalia consiste na má formação incompatível com a vida, trata de uma anomalia diagnosticável nos primeiros meses de gravidez, não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem, uma vez que essa malformação consiste na ausência parcial do cérebro, juntamente com a calota craniana e o início do tubo neural, os quais começam a se desenvolver bem no início da vida intrauterina.

A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida. Não existe tratamento disponível, é a forma mais grave de má formação fetal, defeito do fechamento do tubo neural (DNT).

Desta maneira, podemos afirmar que a anencefalia é uma doença que atinge 1 em cada 1 milhão de bebês no mundo. A palavra anencefalia significa sem cérebro, na forma vulgar dita, mas o termo não está totalmente correto, já que o bebê atingido não possui partes do cérebro, mas o tronco cerebral está presente.

Assim, quando um bebê anencéfalo sobrevive após o parto, as estatísticas mostram que terá apenas algumas horas ou dia de vida. Entenda-se também desta forma que muitos neonatos encefálicos são capazes de manter a respiração, mantendo o tronco encefálico funcionando. Alguns possuem mesmo parte do cérebro presente. A maior parte dos anencéfalos nasce em parada cardiorrespiratória (natimortos, portanto).

Com efeito, a origem da anencefalia se dá no tubo neural, que, por sua vez, dá origem ao cérebro e a medula óssea, a parte anterior do tubo aumenta seu tamanho para formar o cérebro humano, a parte inferior cresce para a medula espinhal, cada elemento se desenvolve de forma autônoma.

De acordo com a evolução genética, é formada por uma parte de tecido embrionário, e pesquisas apontam que leva o tempo de aproximadamente 25 dias após a concepção.

O defeito ou mal formação ocorre em uma de cada mil gestações, letal em 100 % dos casos já assistidos, mas, se tratando de tempo de sobrevivência, infelizmente não há estimativa de vida.

O tubo neural se fecha com aproximadamente quarente semanas da gestação, não podendo ser descartado a possibilidade de aborto natural, uma vez que o organismo humano começa a sofrer fatores de risco para a gestante, sendo que o diagnóstico possa ser detectado entre o 3º e 4º mês de gravidez.

Ademais, a mutação genética pode ser um fator fortemente causador da anencefalia, proveniente do gene que não tem o desenvolvimento correto. Todavia, há outros fatores inerentes a isso, a falta de ácido fólico também pode ser um dos fatores, uma deficiência de vitamina do complexo B no organismo humano (DINIZ, 2004, p.53).

Os bebês com este problema nascem sem maior porção do cérebro, de forma exposta e com tronco cerebral funcionando, constituído pelo bulbo que por sua vez desempenha o papel de alongar a medula espinhal, que por sua vez se conecta na coluna cervical.

Segundo Langman o bulbo controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e alguns atos reflexos como deglutição, vômito, a tosse e o piscar dos olhos (LANGMAN. 1977, p. 2).

4.1.1 MICROCEFALIA E SUA LEGALIZAÇÃO

Nesse último subtítulo deste trabalho, pretende resolver o problema com vários estudos feitos anteriormente, a importância e a finalização que dará a resposta do problema.

Entretanto, diante de várias leituras, estudos acerca do aborto de fetos com microcefalia, em artigos, teses, doutrinas, notícias assim foi elaborado o subtítulo, e aonde chegou ao resultado.

Atualmente no Brasil, são previstas duas formas legais de aborto descritas no Código Penal: em caso de risco à vida da mãe ou quando a concepção foi resultado de um estupro, como já foi estudado anteriormente.

Em 2012, o STF admitiu a terceira hipótese que é a interrupção de gravidez quando o feto é anencefalo. Em razão disso temos várias discussões, defensores da descriminalização do aborto através de argumentos diversos para a legalização do aborto de fetos com microcefalia.

O aedes aegypti, apesar de seu pequeno porte, vem se firmando no Brasil e agora já não se apresenta mais como responsável unicamente pela dengue, ainda imbatível em seu campo, mas também pela transmissão da febre chikunguya e, recentemente, pelo zika vírus que, segundo a constatação do Ministério da Saúde, vem provocando transtorno e insegurança às mulheres grávidas e às que pretendem a gravidez. Isto porque o mosquito infectado com o vírus, isolado pela primeira vez em 1952, em Uganda, procura atacar as células nervosas e, se atingir o cérebro ainda em formação do embrião, poderá provocar danos irreparáveis no desenvolvimento da criança (QUINTINO, 2016, p.1).

O Zika vírus foi identificado pela primeira vez no Brasil em abril de 2015 (FREITAS, 2016). E atualmente o país é o lugar com o maior número de infecções notificadas pelo vírus (TOMAL et al., 2016).

A situação de surto de microcefalia é tamanha na Região Nordeste que profissionais da área da saúde chegaram a sugerir às mulheres dos Estados com o maior índice de infecção, que evitem a gravidez

ou que sejam acompanhadas rigorosamente por médico, em caso de grávidas, em razão da vulnerabilidade constatada. É uma solução aflitiva e em ambas as propostas refletem total insegurança e interferem no planejamento familiar, que também é garantida constitucional (QUITINO, 2016, p.1).

O Instituto de Bioética Anis, (TEIXEIRA, 2016, p.1) diz que a mulher não deve ser punida por uma falha das autoridades em controlar o mosquito transmissor da doença, *Aedes aegypti*, o mesmo da dengue. Além disso, também sustenta que a ilegalidade do aborto e a falta de políticas e erradicação do *Aedes* ferem a Constituição Federal em dois pontos: direito à saúde e direito à seguridade social.

Outrossim, relata Teixeira (2016, p.1) que o juiz Jesseir Coelho de Alcântara, da 1ª Vara Criminal de Goiânia, em entrevista alegou seu posicionamento a favor do aborto em casos de microcefalia com previsão médica de morte do bebê, por analogia aos casos de anencefalia.

Os médicos Olímpio Moraes e Draúzio Varela, defendem os direitos reprodutivos das mulheres em que todas as mulheres têm a opção do aborto até as 12 (doze) semanas da gestação.

Entretanto, o silêncio sobre o aborto é revelador da falta de informação e de opção das mulheres sobre continuar ou não a gravidez, diante do medo, sofrimento emocional e ansiedade quando recebem o diagnóstico de microcefalia associada ao vírus Zika (GALLI, 2016).

Além disso, a situação socioeconômica dessas gestantes, que na grande maioria são pobres, leva a crer que merecem o direito à escolha, que deve ser tanto o direito legal ao aborto, incluindo o acesso ao aborto legal e seguro na rede pública de saúde, quanto o direito a levar a gravidez a termo, com todo o apoio social (CAMARGO, 2016).

Entretanto, nesses casos de malformação por Zika vírus o aborto não é permitido no Brasil (BRASIL, 1940; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009). No entanto, cada situação requer uma medida e, por isso, deve-se refletir sobre a possibilidade de mudanças legais urgentes tanto para preservar a autonomia da mulher quanto para evitar o sofrimento dos indivíduos acometidos e de seus familiares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs ao estudo do aborto de fetos com microcefalia, que teve como foco principal estudar sobre o aborto, compreender a microcefalia com base na decisão do STF, analisar permissão do aborto de fetos com microcefalia com base na decisão do STF que permitiu o aborto de fetos anencefálicos.

Diante de várias leituras, entende que o aborto é a interrupção da gravidez com a expulsão do feto, ainda se formando, tem o aborto que é permitido e não permitido, pois, pode ser penalizado.

Compreende que a microcefalia é doença qualificada pela má formação congênita do perímetro cefálico. Os efeitos da doença são graves como provocar complicações cognitivas, neurológicas, motoras e respiratórias.

Está sendo muito discutido para legalizar o aborto de fetos com microcefalia como fez com a anencefalia com base na decisão do STF, muitos ao favorecimento e muitos também contra.

A anencefalia é uma anomalia que consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial ou total do encéfalo e do crânio, resultante por um defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Foi atingindo os objetivos da monografia, diante de vários estudos, e ao compreender melhor os objetivos específicos chegou a resposta do problema que foi proposto no trabalho.

Os resultados alcançados foram os esperados, mas, claro que teve estudos controversos, ideias diferentes de vários doutrinadores, artigos com temas polêmicos sobre o estudo, diante disso foi percebido os dois lados do problema.

Tem a ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5581) que tem o pedido de interrupção da gravidez como uma possibilidade excepcional para as gestantes gerando feto com microcefalia, no primeiro trimestre já é identificado se possui a microcefalia.

Um dos argumentos trata do sofrimento e do impacto emocional das grávidas que possui a microcefalia, e que será pra sempre, pois, não tem cura, o bebê já nasce com má formação e terá que precisar de cuidados especiais.

É um tema muito atual e bastante discutido o aborto de fetos com microcefalia, pois ainda está em pauta para se decidir se será legalizado como de fetos anencefálicos ou não.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Planalto, Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____, Lei Nº 13.301, de 27 de junho de 2016. **Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977**. Planalto, Brasília, 27 jun. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____, Luís Roberto. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. **Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos Para Sua Decretação. Inconstitucionalidade da Incidência do Tipo Penal do Aborto no Caso de Interrupção Voluntária da Gestação no Primeiro Trimestre**. Ordem Concedida de Ofício. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____, **Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti**. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 25 ago. 2016. Disponível
em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 nov. 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos Filho. Aborto de fetos com microcefalia não é tema para STF. **Revista Consultor Jurídico**, 29 fev. 2016. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LACADENA, Juan Ramon. **Aborto por indicação eugênica**. Estudos jurídicos em homenagem a Manuel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NASCIMENTO. José Flavio Braga. **Direito Penal**. Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2014.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto e sua evolução histórica**. 11 out. 2017. Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em 04 jun. 2017.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia. Andamento do Processo n. 5.581 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Jus Brasil**, [S. l.], 2 de set. de 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/380486783/andamento-do-processo-n-5581-acao-direta-de-inconstitucionalidade-02-09-2016-do-stf>>. Acesso em: 01 dez.2016.

SÁ, André Beltrão Gadelha de. **Evolução Histórica do Aborto**. 30 ago. 2016. Disponível em:< http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html#_ftn2>. Acesso em: 06 mar. 2016.

SENA, Daniel. **Constitucionalidade do Aborto do Feto com Microcefalia**. Disponível em: < <http://www.direitocom.com/artigos/sobre-a-constitucionalidade-do-aborto-do-feto-com-microcefalia>> Acesso em 01 jun. 2017.

SIQUEIRA, Rafael. Antropóloga diz que no Brasil 10 mil crianças são vítimas do vírus zica. **Jus Brasil**, [S. l.], 17 out. 2016. Disponível em: <http://rafaelsiqueira7902.jusbrasil.com.br/noticias/395636428/antropologa-diz-que-no-brasil-10-mil-criancas-sao-vitimas-do-virus-zica?ref=topic_feed>. Acesso em 27 out. 2016, 18:00.

VAZ, Camila. Sobre aborto, deficiência e limites. A possível ligação entre o zika vírus e a microcefalia obrigou o Brasil a encarar seus tabus. **Jus Brasil**, [S. l.], 30 mar. 2016. Disponível em: <<http://camilavazvaz.jusbrasil.com.br/artigos/317931734/sobre-aborto-deficiencia-e-limites>>. Acesso em: 18 nov. 2016.