



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ AGUINALDO VIANA VALADARES FILHO

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMETIDO CONTRA FETO MICROCÉFALO

RECIFE

2021

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOSÉ AGUINALDO VIANA VALADARES FILHO

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMETIDO CONTRA FETO MICROCÉFALO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em História do Pensamento Jurídico, da Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito para obtenção do título de Mestre em História das Ideias Penais, seguindo as diretrizes em vigor da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Orientadora: Prof.^a Dra. Andrea Walmsley Soares. Carneiro

Área de Concentração: Direito Penal

RECIFE

2021

Resumo

A epidemia ocorrida no Brasil em 2015 fez com que o mosquito *Aedes Aegypti* fosse capaz de transmitir um novo patógeno que resultou na doença batizada de Zicavírus. Meses depois do surto, foi identificado que diversas mulheres grávidas que foram diagnosticadas com Zica tiveram problemas no desenvolvimento gestacional, o que resultou no nascimento de crianças portadoras da microcefalia, uma doença incurável que causa distúrbios neurológicos e prejudica o desenvolvimento motor e intelectual. Co isso, a pauta jurídica começou a ser pressionada para que o diagnóstico gestacional de microcefalia autorizasse a gestante a poder optar pela continuidade ou não da gestação, a exemplo da permissão concedida pelo Supremo Tribunal Federal no caso dos fetos portadores de anencefalia. Em face do surto de microcefalia, discussões sobre a manutenção da legalidade do aborto na lei brasileira ganharam força e novos argumentos, até que o tema foi levado novamente ao STF através da ADI 5581, que não estendeu o entendimento da ADPF 54 (julgamento da anencefalia) e manteve a incolumidade do direito à vida a favor dos bebês portadores de microcefalia. A metodologia utilizada no trabalho se vale de uma pesquisa dedutiva, analítica dedutiva, baseada em fontes bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Aborto. Microcefalia. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The epidemic which occurred in Brazil in 2015 made possible to the Aedes Aegypti mosquito to spread a new pathogen called Zika virus. Months after the outbreak, it was identified that plenty of pregnant women who were diagnosed with Zika had gestational problems, which resulted in children being born with microcephaly, an incurable disease that provokes neurologic disorders and damages to their motor and intellectual development. In such scenario, the legal briefing started suffering some pressure so as to the gestational diagnostic of microcephaly could grant the pregnant woman the option of carrying on or not the pregnancy, as an analogy the permission granted by the Supreme Court in the case of fetuses with anencephaly. Due to the microcephaly outbreak, debates over the maintenance of abortion permission in the Brazilian law got stronger, until the theme was once again taken to the Supreme Court, through the ADI 5581, which did not extend the understanding of the ADPF 54 (anencephaly ruling) and kept the right to life in favor of the babies with microcephaly untouched. The methodology utilized in this paper takes into account a deductive, explanatory and analytical research, based in documental and bibliographic sources.

Keywords: *Abortion. Microcephaly. Supreme Court.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DA TIPICIDADE	18
2.1 CONTRIBUIÇÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL PARA A TIPICIDADE ...	18
2.2 TIPO, BEM JURÍDICO E TIPICIDADE	19
2.3 FUNÇÃO DA TIPICIDADE NO DIREITO PENAL.....	23
2.4 IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE NO CASO DE ABORTO DE FETOS MICROCÉFALOS	30
2.5 A TIPIFICAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO BEM JURÍDICO	34
2.6 A PUNIBILIDADE DO ABORTO COMO PRODUTO DE UMA ORIENTAÇÃO SOCIAL EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	37
3 MARCOS DAS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS SOBRE A TRATATIVA SOCIAL E JURÍDICA DO ABORTO	43
4. O TRATAMENTO BRASILEIRO E SUL-AMERICANO DO ABORTO	51
4.1 O ABORTO PELA ÓTICA LEGISLATIVA NA AMÉRICA DO SUL NA MUDANÇA DO SÉCULO XX: AS REALIDADES ARGENTINA, VENEZUELANA, CHILENA E PARAGUAIA	51
4.2 TRATAMENTO DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	69
4.3 A ANENCEFALIA E A INCLUSÃO DA PERMISSÃO DE INTERRUÇÃO GESTACIONAL PROMOVIDA PELA ADPF Nº 54	76
4.4 A DINÂMICA FAMILIAR DE UMA CRIANÇA PORTADORA DE MICROCEFALIA	93
4.4.1 ANÁLISE SOBRE O QUADRO FAMILIAR NA CRIAÇÃO DO PORTADOR DE MICROCEFALIA	94
4.4.2 OS PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS DE AUXÍLIO À CRIAÇÃO DO PORTADOR DE MICROCEFALIA.....	97
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

A sistemática da retroalimentação existente entre Direito e sociedade leva ao incessante dever de diálogo e troca de informação que suscite as modificações de pensamentos, de crenças e de valorações éticas. Uma vez que a lei reflete a vontade e a necessidade do povo, é cediço que o texto legal defende as bandeiras daquela comunidade em um dado tempo e um certo espaço. As dores, os males, as irresignações, as exaltações são todas, ao longo do tempo, consubstanciadas na atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que define por legitimação aquilo que perpassa a necessidade e a mentalidade dos seus jurisdicionados.

A partir da identificação de um novo pleito social, o ordenamento jurídico, poroso como deve ser, absorve essa demanda e se aprimora no sentido de acobertar uma nova situação que necessita de batuta estatal. Levando em consideração que o sistema legal reverencia como fonte de atualização do Direito a dignidade da pessoa humana bem como a igualdade, pelo vértice do tratamento desigual a quem vive em termos desiguais, é prudente analisar uma demanda originada nas deficiências da saúde pública e que culminou em uma demanda processual penal de impossível restrição à análise meramente jurídica.

A microcefalia é uma patologia que atinge a formação da calota craniana de uma pessoa durante a fase intrauterina. Disso decorre que o indivíduo exposto é uma mulher que, estando em fase gestacional, passa para o feto os efeitos daquela contaminação, o que prejudica a correta formação corporal daquele filho de forma permanente. Ser portador de microcefalia não impede o nascimento com vida desse feto, que adquire vida autônoma, mas está fadado a ser um eterno dependente em face de suas restrições cerebrais, motoras, respiratórias e cognitivas.

Os efeitos da microcefalia não se restringem à criança portadora da patologia, na medida em que sua condição de saúde implica uma ampla obrigação por parte daqueles responsáveis pelos cuidados dessa pessoa. Diante da epidemia da doença, registrada entre os anos de 2015 e 2016 no Brasil, o que se percebeu após os nascimentos dos bebês infectados foi o alto percentual de pais que abandonaram as mães e as crianças doentes, legando às mulheres a exclusividade da incumbência de guarda. O cenário de abandono inicia-se durante a fase gestacional, tendo em vista que o diagnóstico da doença permite aos pais serem cientificados da má formação corporal que resultará no quadro clínico deficitário do filho antes do nascimento deste.

O abandono paternal, aliado ao diagnóstico recaindo massivamente sobre famílias de baixa renda, desprovidas de condições efetivas de garantirem os melhores paliativos terapêuticos, levou uma grande quantidade de grávidas a buscarem nas alternativas extralegais a resolução da situação, optando pelo aborto clandestino, qual seja, aquele não amparado por nenhuma das situações autorizadas pela lei ou pelo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse ínterim, o quadro de intervenção jurisdicional do Estado foi acionado, tendo em vista que inúmeros foram os casos de interrupção gestacional não permitida pela lei em face do diagnóstico de microcefalia gestacional. A situação levou a um acalorado debate jurídico e social, que perpassa, inexoravelmente, pelo sistema de crenças religiosas da sociedade brasileira, além dos fatores morais, éticos, econômicos e sociais de cada integrante. Desse modo, a disputa em torno da punição pelo aborto de feto microcéfalo é de impossível adstrição aos termos meramente jurídicos.

Pesa, também, sobre o tema, a realidade das mães que acolheram a proibição de interrupção gravídica e foram abandonadas pelos companheiros que eram pais e se veem fadadas a arcarem solitariamente com a criação de um filho portador de deficiência.

A verificação da precariedade de condições financeiras, assistenciais, jurídicas e a própria solidão emocional e psicológica dessas genitoras somam ao debate sobre as razões que levaram tantas grávidas a incorrerem em conduta tipicamente prevista pela legislação penal, preferindo arcar com as punições jurídicas oriundas do Estado, em detrimento da convivência com uma missão familiar desprovida de condições básicas.

Ab initio, cumpre delinear que o cotidiano de cuidados que uma criança com microcefalia exige inviabiliza, em muitos casos, a existência de um vínculo empregatício por parte de seu cuidador. Disso decorre a impossibilidade de uma mãe de criança portadora da má formação da calota craniana obter seu próprio sustento e de sua prole por força de seu trabalho.

Surge daí a obrigação para que alguém promova essas condições básicas de manutenção da vida de – pelo menos - essas duas pessoas (não se podendo olvidar do contexto familiar de baixa renda, comumente formado por ampla prole). Levando em consideração a situação comum de abandono paternal desde o diagnóstico de microcefalia durante a gravidez, insurge a lacuna de não assistência familiar, que lega ao Poder Público a incumbência de efetivar tais garantias.

As assistências sociais criadas para garantir o sustento da criança portadora de microcefalia e sua mãe permitem que este grupo seja contemplado com o recebimento mensal do Benefício de Prestação Continuada orçado em um salário mínimo pelo Governo Federal.

Em contrapartida, a realidade econômica brasileira não viabiliza o adequado sustento familiar lastreado nesse valor, especialmente diante do cenário de múltiplos filhos dos lares financeiramente vulneráveis, e ainda considerando que ali reside uma criança com deficiência permanente carecedora de cuidados especiais, o que faz com que persista a dificuldade econômica dessa família, levemente suavizada pela interferência governamental.

Por esse contexto, prismática é a contenda em torno do julgamento de casos de aborto motivado pelo diagnóstico intrauterino de microcefalia. A parcela populacional que acatou o cumprimento da lei penal, não interrompendo a gestação, hoje se vê à mercê de uma família unilateral mantida por um benefício monetariamente insuficiente e de assistência médica igualmente não correspondente ao total de necessidades da criança deficiente. Pessoas que cumpriram a lei se veem desprotegidas do manto estatal porque o atendimento oferecido pelo Poder Público não está à altura da necessidade da criança com microcefalia e de sua família.

A conjuntura fática acima reunida tem o condão de reforçar a extensão do debate jurídico e social que agasalha o julgamento mulheres que interromperam a gestação depois de descobrirem que seus filhos seriam portadores de uma deficiência incurável e presumidamente não amparada pelo Estado da maneira adequada.

Avaliar os efeitos da microcefalia no país e suas reflexões jurídicas é uma missão que deve levar em consideração a ampla negligência do Poder Público, através de seus órgãos de vigilância sanitária que, ano a ano, se mostra insuficiente em conter os efeitos das patologias provocadas pelo mosquito *Aedes Aegypti*. O esforço anual de verão contra a dengue demonstra que, ainda que anos se passem e governantes distintos transitem pelo poder, a endemia permanece a mesma ao

passo em que o vetor se modifica para ampliar o rol de periculosidade que oferece à população, a exemplo do que ocorreu com o Zicavírus e a Chicungunha.

O nível de exposição social da coletividade sobre o tema é reforçado pelo rigor penal atribuído ao crime de aborto. É certo que um percentual relevante de mães que cuidam de filhos portadores de microcefalia e se veem desalentadas da devida assistência governamental sopesou a eventual condenação criminal pela prática do crime de aborto caso cogitasse não prosseguir com o estado gravídico. A situação maior aqui esboçada gira em torno da definição estatal sobre a não disponibilidade pessoal de poder escolher sobre o nascimento de um filho quando já constatada a gestação, não importando as situações financeiras, sociais, emocionais e psicológicas que ofertarão o ambiente de convivência daquele ser nascente.

A pauta do Supremo Tribunal Federal sobre a permissão de interrupção gestacional em caso de anencefalia reforçou o argumento favorável a não punição das mulheres que abortaram fetos microcéfalos, pois inaugurou a revisão e a ampliação da não tipificação de certas circunstâncias gravídicas por parte do Poder Judiciário. Em face disso, a contenda, que foi levada ao Estado por força de inúmeros processos penais, atribui ao Supremo Tribunal Federal – mais uma vez – a definição da possibilidade de condenação por aborto em virtude do diagnóstico de microcefalia.

Ao chegar à cúpula da instância jurisdicional, o tema suscitado pela ADI 5881 buscou definir o não enquadramento da interrupção gestacional de feto microcéfalo como prática de aborto punível. Defensores dessa corrente de entendimento defendem que o princípio da dignidade da pessoa humana que possui a gestante precisa ser prestigiado diante de uma situação de epidemia má administrada pelo Poder Público e que resultou na infecção de gestações de bebês que seriam condenados permanentemente a arcar com a negativa de direito à saúde,

preconizado na Carta Magna como um direito social de todos a ser promovido pelo Estado.

Uma vez que o STF pautou definições legais em uma interpretação conforme os valores defendidos pela Constituição, as garantias fundamentais foram mantidas a favor da vida da criança com microcefalia, pois o Supremo Tribunal busca a melhor tutela para aqueles que estão sob a égide da Carta de 1988. O perigo que uma eventual liberação do aborto nesse caso poderia conferir ao destino dos julgamentos futuros proferidos pelos tribunais superiores, no sentido de ampliar gradualmente o rol permissivo do aborto no Brasil e, com isso, promover uma verdadeira eugenia na sociedade.

O temor por essa aproximação traz à memória definições de cunho nazistas sobre a procura pelo aprimoramento da raça humana. Uma vez que a sociedade democrática pós-positivista rechaça o menor dos indícios do autoritarismo governamental e a desvalorização da vida, não resta apoio possível à flexibilização pretendida sobre as tratativas do aborto no Brasil, por esse cenário.

Defensores dessa corrente interpretativa consideram que a inatividade legislativa sobre eventual descriminalização do aborto revela que a maioria da população brasileira não concorda com a ausência de punição judicial sobre a interrupção da gravidez, de modo que o que se extrai dessa postura parlamentar é que não existe espaço na sociedade para que o tema seja revisitado e reformado no sentido de não judicializar e poder punir o fato. Assim sendo, a não modificação é um anseio popular que precisa ser acatado, não devendo o Poder Judiciário intervir nas tratativas desse âmbito.

Entrementes, a problemática em torno do aborto de feto microcéfalo é que em muito se parece com a situação fática da anencefalia, que ao invés de permitir o

regozijo pelo nascimento de um descendente, traz para o seio familiar o trauma e a sensação de abandono da grávida e seu filho à própria sorte. As condições extraordinárias de âmbito sanitário vivenciadas entre 2015 e 2016 no Brasil impuseram às famílias e em especial, às mães, uma completa modificação da vida, que não vem sendo corretamente auxiliada pela assistência social.

A estigma de classe também circunda o conflito, haja vista que o aborto é conhecidamente praticado em todas elas, mas a mulher que possui recursos financeiros abonados o pratica em segurança e com apoio especializado, enquanto a que não conta com esse fator ou se arrisca a ser punida, ou encara a gestação confiando que o Estado promoverá o que ela é incapaz de garantir ao filho deficiente. O conflito adentra também no papel da mulher na sociedade, habituada a arcar com a negligência do pai diante da confirmação da dificuldade futura, tendo que garantir à prole um trabalho dobrado para realizar sua metade do dever parental.

Ao lidar com famílias assistidas por ONGs, percebe-se que o apelidado aborto paterno é encarado como uma triste realidade que os demais têm de conviver. Contudo, ao lidar com o aborto que parte da mãe, a grande maioria que releva o primeiro exemplo aqui se atém a lembrar deveres morais que a filiação impõe aos genitores, para além dos castigos que as aguardam na vida e também além da morte. O surto de microcefalia e a quantidade de abortos dele decorrentes é um imperativo social que demanda de todos os membros da coletividade a reflexão sobre o lado contrário da realidade. Aqui, retoma-se à porosidade do Direito como valiosa ferramenta de aprimoramento coletivo que a contraposição de ideias oferta a um público difuso.

Por esses e tantos outros fatores, é certo que o surto patológico do Zicavírus atingiu em massa um controverso tema de Direito Penal que possui amplas

divergências de abordagem jurídica, histórica, econômica e antropológica, sendo todas áreas igualmente detentoras de opiniões que, embora contrárias, são igualmente válidas a influenciarem as definições futuras acerca de Direito, saúde e sociedade em face do aborto e suas peculiaridades.

Contextualizados os elementos histórico-legais sobre o tema aborto de fetos microcéfalos, surgem várias indagações acerca da matéria, cujas respostas direcionam os objetivos gerais desta pesquisa, quais sejam:

1. Quais, e em que medida, realidades históricas direcionaram a repercussão sobre o aborto? De que forma nas sociedades contemporâneas ocidentais o valor da vida se contrapõe com o poder da gestante decidir sobre a vida do feto? Como a legislação internacional lida com o tema? Quais são as peculiaridades que países mais próximos, os sul-americanos, trazem na abordagem do tema aborto e como essa influência internacional repercute no Brasil?

2. No que concerne ao tema microcefalia, quais são as condicionantes da realidade brasileira responsáveis por soerguer a discussão sobre o aborto? Como as famílias brasileiras convivem com a microcefalia? De que forma a atuação estatal por políticas executivas e de atuação legislativa reverberam a relevância do tema no mundo jurídico?

3. Como o judiciário brasileiro tem enfrentado o tema aborto de fetos microcéfalos? Que repercussões e decisões no mundo jurídico são responsáveis por revelar a importância do enfrentamento do tema nas mais amplas searas?

No capítulo dois, traça-se uma exposição mais dogmática acerca do conceito da tipicidade. Aborda-se, neste capítulo, os conceitos exarados pela doutrina acerca da tipicidade formal, material e conglobante, incisivamente. A razão disso é introduzir,

com conceitos base, as noções necessárias para a impossibilidade da exclusão da tipicidade no caso de aborto de fetos microcéfalos.

No capítulo seguinte, bipartindo a temática, busca-se explicar o contexto histórico do aborto em geral. A importância dessa exposição sintetiza a necessidade de conhecer as múltiplas realidades responsáveis pela abordagem do aborto dentro do seio social até chegar, de fato, na realidade específica desta tese, que se destina a discutir os casos de aborto de fetos microcéfalos.

No capítulo seguinte, buscou-se abordar questões do direito comparado e as experiências internacionais em matéria legislativa sobre o enfrentamento da temática do aborto.

Seguindo esse mesmo viés, no capítulo quinto tentou-se mostrar realidades geograficamente mais próximas à realidade brasileira. Para isso, expôs-se os exemplos da legislação e realidade político-social de países latino-americanos como Argentina, Chile, Venezuela e Paraguai sobre o aborto.

No capítulo sexto adentrou-se propriamente na realidade legislativa brasileira acerca da abordagem do aborto. Tanto a análise legislativa e dogmática, como o debate social, foram questões trazidas neste capítulo.

O capítulo sétimo, por sua vez, destina-se a fazer uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, cuja discussão revelou o posicionamento aparentemente relativista da Suprema Corte brasileira sobre o aborto, ao reconhecer a possibilidade pros casos de fetos anencéfalos.

Em consequência disso, o capítulo oitavo trata justamente da repercussão do julgado referido no capítulo anterior, expondo as tentativas de aplicar a discussão da anencefalia, gerada pela ADPF nº 54, para os casos de fetos microcéfalos. Em Razão disso, restou exposto o posicionamento firme da Suprema Corte, no

juízo da ADPF nº 5581, acerca da impossibilidade de descriminalização do aborto de fetos microcéfalos.

Por último, fora exposto uma discussão voltada à exposição da dinâmica familiar de uma criança portadora de microcefalia. O intuito deste capítulo foi justamente trazer uma abordagem mais social do que propriamente jurídica. A intenção disso foi expor as razões de se defender aqui a proteção a vida e a motivação primeira que justificou a elaboração deste trabalho.

Todas essas discussões conduzem ao seguinte problema central desta pesquisa: em face do atual paradigma constitucional dos direitos fundamentais e pela proteção da vida, é indefensável a exclusão da tipicidade no caso de aborto de fetos microcéfalos.

A metodologia aplicada será do tipo bibliográfica-documental e empregará o método hipotético-dedutivo. A verificação da validade das hipóteses delineadas acima tomará como norte a confrontação de 1) elaborações teóricas extraídas de livros e artigos científicos atinentes à temática (doutrina nacional e estrangeira especializada); 2) legislações, normas infralegais e decisões jurisprudenciais; bem como de 3) dados coletados de documentos e de informativos publicados pelo Governo Federal.

Com esses balizamentos, se destina esta defesa de tese não como uma solução exauriente para os problemas apontados, mas como um exemplo acadêmico da necessária discussão do tema.

CONCLUSÃO

Perpassadas por todas as abordagens aqui trazidas, pode-se tirar uma devesas simples conclusão sobre a problemática envolvendo o aborto de fetos microcéfalos:

A tendência mundial é controvertida a respeito do tema, de modo que tanto as experiências orientais, ocidentais distantes e as latino-americanas, denotam a necessidade de um aprofundamento contínuo de debates e discussões. Não foi o objetivo deste trabalho exaurir a problemática do tema, tampouco trazer resposta definitiva para uma solução final.

Tentou-se, de todo modo, prestigiar as razões constitucionais do direito à vida e à saúde do portador de microcefalia, sem esquecer do devido e necessário amparo às famílias e mães. Por mais que posicionamentos doutrinários e políticos distingam esses debates, tentou-se aqui conciliá-los e mostrar que não estão em cisão. A exposição das experiências internacionais foi, nesse sentido, fundamental para sopesar os debates e posições.

Viu-se que a necessidade de observância dos preceitos fundamentais do nascituro positivados em nossa Carta Maior não contrariam os direitos garantidos a mulher. Permitir a descriminalização do aborto é negar o direito à vida do nascituro adquirido desde sua concepção. A garantia de saúde e vida à mulher não desvanecem por essa razão.

Para se chegar a este ponto do debate, necessário se fez compreender e sopesar os bens jurídicos tutelados conflitantes no que tange ao aborto de fetos microcéfalos. A partir disso, foi possível a constatação de que o tipo penal descrito não cria uma conduta, mas tão somente a valora e transforma em crime. Assim, a conduta descrita em abstrato pelo legislador imprime valoração negativa com o

intuito de coibir sua prática. Por essa razão essencial, parece inviável falar de uma descriminalização do aborto de fetos microcéfalos. A reprovabilidade e a valoração negativa da conduta permanecem em si, ainda que eventualmente não fosse alcançada pela norma penal. É essa a razão de debates constantes e a incerteza de uma solução final em todo o mundo. Para alcançar esta observação, fundamental se faz compreender o conceito de tipo subjetivo na visão das teorias da ação.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite a interrupção da gravidez de feto com microcefalia. De toda sorte, ao enfrentar o tema no julgamento da ADI 5581, a egrégia corte brasileira conduziu o julgamento no sentido de não equiparar os quadros de anencefalia com microcefalia, haja vista neste último existir a chance de vida extrauterina, apesar de o indivíduo nascente padecer de uma doença incurável. A relevância deste entendimento se volta ao fato de que o Supremo Tribunal Federal respeitou sua posição não-legislativa e de entidade protetora do texto constitucional. A despeito da inviabilidade de vida na gestação de feto anencéfalo, a gravidez de um feto microcéfalo indica dificuldades, mas não impossibilidade de este usufruir de uma existência, situação esta que foi devidamente reconhecida pela suprema corte brasileira.

Os motivos justificantes também da ADPF nº 54 giram em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade, autonomia da vida privada e direito à saúde. A ausência de potencialidade de vida extrauterina é uma condição médica irreversível. A despeito das críticas feitas no sentido de acusar o STF de discutir e regulamentar jurisprudencialmente o direito à vida, a anencefalia inviabiliza a vida autônoma do feto, não se pode concluir que o julgamento do

Supremo esteja ferindo o direito à vida ou que seja, de igual modo, a tese aplicável aos casos de microcefalia.

Portanto, em que pese a *obiter dicta* do julgamento a favor do aborto, a *ratio decidendi* do julgamento da ADI 5581 e da ADPF 53 não dão margem permissiva ao aborto de fetos microcéfalos, em razão da microcefalia unicamente.

Nesse sentido, o diagnóstico de microcefalia impõe uma cautela maior sobre uma pessoa que nascerá portadora de uma patologia que não possui cura, mas que em momento algum deveria ter ameaçado o seu direito à vida. Não obstante esse risco individual, estudiosos pró-vida concluem acertadamente que eventual despenalização da interrupção gestacional do feto microcéfalo estaria dando azo a futuras ampliações do rol de abortos legalmente permitidos (mesmo que por força de entendimento jurisdicional) a favor de outros diagnósticos uterinos de doenças incuráveis, como autismo, Síndrome de Down, etc.

Essa possibilidade de escalada de superação de aborto através de pautas individuais sobre doenças incuráveis levaria inexoravelmente a uma futura análise sobre outras condições não relacionadas à formação fetal ou ao quadro de saúde do bebê. Com isso, a sociedade chegaria ao momento em que apenas gestações de fetos considerados perfeitos e adequados para os pais teriam a chance de progredir no desenvolvimento gravídico. A partir disso, estaria a eugenia surgindo no horizonte social como uma verificação de condições ideais para que um feto ou embrião pudesse chegar ou não ao nascimento com vida.

Portanto, conclui-se como impossível a exclusão da tipicidade penal no caso de aborto de fetos com microcefalia, por esse argumento unicamente. Resta clara a possibilidade do nascimento do feto com vida e, mais que isso, da perfeita expectativa de desenvolvimento do portador da microcefalia. O valor supremo da

vida do nascituro ressoa na observância necessária da dignidade da pessoa humana, demandando dos programas governamentais alterações incisivas no auxílio ao portador de microcefalia e de toda a família.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Mariana Piagentini. **A utilização da fundamentação da ADPF 54 para a interrupção da gravidez na hipótese de microcefalia do feto**. Disponível em: <<https://marianapiagentini.jusbrasil.com.br/artigos/443729841/a-utilizacao-da-fundamentacao-da-adpf-54-para-a-interruptao-da-gravidez-na-hipotese-de-microcefalia-do-feto>> Acesso em 17/11/2018.

BATISTA, Emily Campos Alves. **Teoria da cegueira deliberada: dolo, tipicidade e responsabilização penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia. Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade. Universidade Federal de Campina Grande, 2019.

BÍBLIA, A. T. Êxodo, 21:22 e 23. *In* **Bíblia Sagrada Ave-Maria**. 29ª ed. São Paulo: Ave-Maria, 2001, p. 122.

BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto. In: MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. (org.). **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Algumas considerações críticas sobre o aborto anencefálico: uma visão humanitária**. *In* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias, vol. III, p. 125-137 / 343.2.01 E85.

_____. **Atipicidade do aborto anencefalo: respeito à dignidade humana da gestante**. Disponível em: <aipdpbrasil.org.br> Acesso em 12/06/2020.

_____. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime** / Cláudio Brandão. - 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. - (Coleção ciência criminal contemporânea: v. 1 / Cláudio Brandão, coordenador)

_____. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do metido entimemático**. – (O tempo e a norma). Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4879-6.

_____. Trajetória Dogmática do Tipo de Aborto. *In* **Revista DUC In Altum Cadernos de Direito**, vol. 7, nº 12, mai.-ago. 2015, p. 59-73.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 28/11/2018.

_____. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.989 de 14 de**

maio de 2012 - Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/resolucao-cfm-no-1-989-de-14-de-maio-de-2012/#:~:text=Brasil.,parto%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.>> Acesso em: 18/09/2020.

_____. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.752, de 15 de Setembro de 2004 - Autoriza o uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2922&catid=3:po> Acesso em: 18/09/2020.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 - Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em 04/07/2020.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em 15/11/2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830 - Código Criminal do Brazil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm> Acesso em 02/07/2020.

_____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015: Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em 14/08/2020.

_____. **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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm> Acesso em 15/11/2020.

_____. **Lei nº 13.985, de 07 de abril de 2020 - Institui pensão especial destinada a crianças com Síndrome Congênita do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm> Acesso em: 01/10/2020.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos** / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009. 428 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde).

_____. **Medida Provisória nº 894, de 05 de setembro de 2019 - Institui pensão especial destinada a crianças com microcefalia decorrente do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada.** Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/138553>> Acesso em: 02/10/2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do metido entimemático.** Coimbra: Edições Almedina, 2012.

Bruno, Aníbal. “Sobre o tipo no direito penal”. **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria.** Rio de Janeiro: Forense, 1962.

BUNCHRAFT, Maria Eugenia. **O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin.** Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 155-188, dez. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 05/09/2020. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p155>.

CASTILHOS, Washington; ALMEIDA, Carla. Discursos sobre o aborto na epidemia de Zika: análise da cobertura dos jornais O Globo e Folha de S. Paulo. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, e00190518, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23/10/2020. Epub 10 Fev., 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00190518>.

CAMPOS, Ana. **Crime ou Castigo? Da perseguição das mulheres até à despenalização do aborto.** Coimbra: Almedina, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal parte general.** 8ª edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

CORREIO DO POVO. **China proíbe exame de sangue em grávidas para evitar aborto seletivo.** Disponível em: <<https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/china-pro%C3%ADbe-exame-de-sangue-em-gr%C3%A1vidas-para-evitar-aborto-seletivo-1.340674>> Acesso em 28/06/2020.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva [online]**. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. ISSN 1678-4561. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>> Acesso em 14/04/2020.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EL PAÍS. Temas polêmicos na América Latina - Como são tratados os assuntos tabus no Brasil e nos demais países da região, entre eles maconha, aborto e união gay.

Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2014/05/28/media/1401297211_864457.html> Acesso em 16/05/2020.

ESTADÃO. **Entenda como é a situação do aborto na Argentina.** Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-como-e-a-situacao-do-aborto-na-argentina,70002439953>> Acesso em 02/05/2020.

EXAME. **Aborto passa a ser legal em todos os estados da Austrália.** Disponível em: < <https://exame.com/mundo/aborto-passa-a-ser-legal-em-todos-os-estados-da-australia/>> Acesso em 30/06/2020.

FARIAS, Ângela Simões de. **Aborto no Brasil – Sua trajetória histórica e jurídica no contexto do direito penal.** Recife: MXM Gráfica, 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - parte especial.** 4a ed. São Paulo, Bushatsky, 1977.

FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GARCIA, Leila Posenato. **Epidemia do Vírus Zika e Microcefalia no Brasil: Emergência, Evolução e Enfrentamento.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2018.

GALVÃO, Patrícia. **Aborto, Terceira Causa de Morte no Paraguai.** Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/aborto-terceira-causa-de-morte-no-paraguai/>> Acesso em 19/05/2020.

GAÚCHAZH GERAL. **Paraguai rejeita na ONU descriminalização do aborto.** Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2016/01/paraguai-rejeita-na-onu-descriminalizacao-do-aborto-4958105.html>> Acesso em 10/05/2020.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 495-504, dez. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 15/10/2020. <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233086>.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 155.

HASSEMER, Wifried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal - vol. V** - arts. 121 a 136. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099: juizados especiais criminais e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MATHIAS, Maíra. **Aborto na América Latina.** Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasaude/aborto-na-america-latina/>> Acesso em 23/04/2020.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais: parte especial do Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Guiliana. Idioma e facilidade de acesso atraem brasileiras para abortar em Portugal. Disponível em: <<https://www.dn.pt/vida-e-futuro/idioma-e-facilidade-de-acesso-atraem-brasileiras-para-abortar-em-portugal-9885906.html>> Acesso em 30/06/2020.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito.** Montevideo: Editorial B de F, 2006.

MONTES, Rocío. **A obscuridade do aborto no Chile.** In *El Pais*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/01/sociedad/1406847155_453735.html> Acesso em 15/05/2020.

_____. **Chile, prestes permitir aborto em caso de estupro e a enterrar herança de Pinochet.** In *El Pais*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/19/internacional/1500467758_055931.html> Acesso em 13/05/2020.

_. Congresso do Chile aprova lei que permite aborto ao menos em caso de estupro. *In El Pais*. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/03/internacional/1501732590_533051.html
> Acesso em 15/05/2020.

MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto*. Brasília: Unb, 1997.

MOYSÉS, Adriana. **Aborto legal e gratuito superou barreiras religiosas na França.** Disponível em: <<http://www.rfi.fr/br/franca/20180629-aborto-legal-e-gratuito-superoubarreiras-religiosas-na-franca>> Acesso em 22/06/2020.

NOTÍCIAS STF. **Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo *aedesaegypti*.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833>>
Acesso em 15/11/2010.

OLIVEIRA, Fátima. **Microcefalia e o direito ao aborto.** Disponível em:

<<https://jornalggn.com.br/noticia/microcefalia-e-o-direito-ao-aborto-por-fatima-oliveira>> Acesso em 24/11/2018.

OLMO, Guillermo D. **Na Venezuela em crise, cada vez mais mães têm sido forçadas a abandonar seus bebês.** *In G1*. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/08/na-venezuela-em-crise-cada-vez-mais-maes-tem-sido-forçadas-a-abandonar-seus-bebes.ghtml>> Acesso em 22/05/2020.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto e sua evolução histórica.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>> Acesso em 25/06/2020.

PEINADO, Fernando. **Menina grávida aos 10 anos gera debate sobre legislação do aborto no Paraguai.** *In BBC*. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2015/05/02/menina-gravida-aos-10-gera-debate-sobre-legislacao-do-aborto-no-paraguai.htm>> Acesso em 23/05/2020.

RICKING, Christoph. **Política de filho único deixa marcas profundas e duradouras na China.** Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/pol%C3%ADtica-de-filho-%C3%BAnico-deixa-marcas-profundas-e-duradouras-na-china/a-18817851>>

Acesso em 29/06/2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos do Direito penal.** Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SÁ, André Beltrão Gadelha de. **Evolução histórica do aborto.** Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evolucao-historica-do-aborto>> Acesso em 06/06/2020.

SAHUQUILLO, María R. **Aborto é prática ilegal para 90% das mulheres na América Latina.** *In El País.* Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/14/internacional/1529002780_075313.html> Acesso em 20/05/2020.

SANTOS, Beatriz Carneiro dos Santos. Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.** Nº7. Brasília. Jan/Abr. 2012. Disponível em : << http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100007>>. Acesso em: 26/01/2021

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF, novamente, diante dos desafios da proteção jurídica nos limites da vida.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-07/stf-diante-desafios-protecao-juridica-limites-vida>> Acesso em: 21/09/2020.

SILVA, Vitória Régia da; ASSIS, Carolina de. **Aborto na América Latina: saiba como países regulamentam interrupção voluntária da gravidez.** Disponível em: <<http://www.generonumero.media/aborto-na-america-latina-como-paises-regulamentam-interruptao-voluntaria-da-gravidez-na-regiao/>> Acesso em 24/05/2020.

SINTEL/BA. **O aborto legal na América Latina e como esse direito foi conquistado.** Disponível em: <<http://www.sinttelba.com.br/noticia/943/o-aborto-legal-na-am%C3%A9rica-latina-e-como-esse-direito-foi-conquistado>> Acesso em 12/04/2020.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta. **O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados.** Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum., São Paulo, IV(2), 1994. Disponível em <http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>. Acesso em 27/01/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 155.920/MG.** Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 27/04/2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC155920.pdf>> Acesso em: 08/11/2020.

_. **Proteção da Mulher** [recurso eletrônico]: jurisprudência do STF e bibliografia temática / Supremo Tribunal Federal. -- Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. 143 p.ISBN: 978-65-87125-00-8.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. **Fundamento de Teoria do Delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime nº 70021944020**, 1ª Câmara Criminal. Julgamento: 28 de novembro de 2007. (Publicada no Diário da Justiça. Porto Alegre, 17 jan. 2008). [Internet]. 2007. Relator Desembargador Manuel José Martinez Lucas. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 29/09/2020.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral: arts 1º a 120**, volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003.

VALE, Paulo Roberto Lima Falcão do. **A rosácea do cuidado às crianças com síndrome congênita por zika: atitudes cuidativas dos familiares**. Esc. Anna Nery vol.24 no.3 Rio de Janeiro 2020 Epub Mar 30, 2020