



**UNIBALSAS**  
Faculdade de Balsas

LINS, Milena D'Almeida<sup>1</sup>

FRIZZO, Eduardo Matzembacher<sup>2</sup>

BAZIQUETO, Ereni Piroli<sup>3</sup>

COUTO, Gabrielle Paloma<sup>4</sup>

COSATE, Tatiana Moraes<sup>5</sup>

# O USO DA ANALOGIA PARA AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO EM CASOS DE MICROCEFALIA

**Resumo:** O tema aborto ainda causa muitas controvérsias e discussões justamente por envolver diversos paradigmas. O presente trabalho objetiva a discussão sobre a possibilidade do uso da analogia para buscar a autorização do aborto de fetos acometidos pela microcefalia, tendo em vista que o ordenamento penal permite a realização do aborto em casos específicos de risco para a vida da gestante e em casos de gravidez decorrente de estupro, além da permissão advinda de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada pelo Supremo Tribunal Federal que autoriza o aborto em casos de fetos anencéfalos. Dessa forma busca-se a utilização de integração legal para, através dos dispositivos existentes, aplicá-los a um caso que se assemelha e que não possui regulamentação expressa.

**Palavras-chave:** Aborto. Eugenia. Autorização. Analogia.

**Abstract:** Abortion issue still causes much controversy and discussions precisely because they involve different paradigms. This work aims at increasing discussion about the possibility of the use of analogy to seek the authorization of abortion of affected fetuses by microcephaly, considering that the criminal law allows an abortion in specific cases of risk to the mother's life and in cases pregnancy resulting from rape, as well as arising permission fundamental precept of non-compliance action judged by the Supreme Court authorizing abortion in cases of anencephalic fetuses. Thus the use is sought for legal integration through existing device, apply it to a case that resembles and has no express provisions.

**Keywords:** Abortion. Eugenics. Authorization. Analogy.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente artigo é a análise da possibilidade do uso da analogia para a autorização do aborto eugênico em casos específicos de microcefalia.

Tratar do tema aborto sempre causa turbulências e incabadas discussões, tendo em vista que tal conteúdo possui afincos nas mais diversas áreas religiosas, científica jurídica e social.

Cada parecer e cada lado, tanto os que aprovam quanto os que reprovam a prática do aborto, possuem diversas teorias a respeito do tema, sendo para pregar a total preservação da vida, ou para propagar a defesa do direito à liberdade.

Nesta seara busca-se a análise da proteção do direito à vida do ser que está sendo gerado, trazendo ponderações a respeito da medida e intensidade de tal proteção, tendo em vista que, mesmo se tratando de uma vida, esta por ainda ser

<sup>1</sup>Bacharel do curso de Direito da Faculdade de Balsas - Unibalsas

<sup>2</sup>Professor orientador, docente do curso de Direito da Faculdade de Balsas - Unibalsas

<sup>3</sup>Professora orientadora, docente do curso de Direito da Faculdade de Balsas - Unibalsas

<sup>4</sup>Professora orientadora, docente do curso de Direito da Faculdade de Balsas - Unibalsas

<sup>5</sup>Professora orientadora, docente do curso de Direito da Faculdade de Balsas - Unibalsas

intrauterina recebe uma menor proteção do que àquela que já vive no mundo externo.

Por outro lado existem cautelas a respeito dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados às mulheres, como o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva.

Se por um lado a lei põe a salvo os direitos do nascituro, por outro esta mesma lei protege e resguarda à mulher direitos que não podem e não devem ser cerceados, devendo existir uma ponderação entre os direitos do feto e os direitos da mulher.

A lei mesmo salvaguardando os direitos do ser antes mesmo de seu nascimento, deixa claro que a proteção maior pertence àqueles que já possuem uma vida extrauterina.

Nos casos de fetos acometidos por graves anomalias, como a microcefalia, está em apreço o direito à vida do mesmo, contudo também deve ser ponderado o direito da mulher a não ser obrigada a prosseguir com uma gestação que irá lhe causar danos físicos ou psíquicos irreparáveis.

A analogia está presente em nosso ordenamento como uma forma de integração da lei, ou seja, em casos em que não exista uma norma que o regulamente aplica-se o disposto a outro caso que se assemelhe àquele.

No que concerne ao presente artigo, tendo em vista os casos de aborto atualmente permitidos, pode-se utilizar a analogia e aplicar tais permissões aos casos de fetos acometidos pela microcefalia, pois além de o futuro ser não possuir chances de ter uma vida digna e saudável, a mulher não será obrigada a dedicar sua vida aos cuidados exclusivos do mesmo.

O Código Penal ao permitir o aborto em casos de gravidez decorrentes de estupro não leva em consideração a vida que esta sendo gerada, mas tão somente o direito da mulher a não prosseguir uma gestação que irá lhe causar sofrimento.

O mesmo pensamento deveria ser dado nos casos de eugenia, tendo em vista que a mulher poderá sofrer danos psicológicos, psíquicos ou até mesmo físicos se for obrigada a prosseguir com uma gestação que terá como produto um ser sem chances de ter uma vida saudável ou

até mesmo sem nenhuma chance de sobreviver ao mundo extrauterino.

A pesquisa foi desenvolvida com base no método qualitativo, onde foram realizadas coletas de dados para melhor análise da questão em tela. Foi utilizado ainda o método dedutivo, que parte de argumentos gerais para argumentos particulares.

Para melhor entendimento acerca do aborto no que tange a possibilidade do uso da analogia para a permissão do aborto de fetos acometidos por microcefalia foram feitos estudos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

## **2. O ABORTO E SUAS CLASSIFICAÇÕES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

O aborto está tipificado nos arts. 124 a 128 do Código Penal (CP) e consiste na interrupção da gestação, pela própria gestante ou por terceiros, seguida da morte do feto ou embrião. Nas palavras de Fernando Capez (2014, p.144), “Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção”.

O bem jurídico tutelado no tipo penal do aborto é a vida intrauterina, conforme Antolisei (apud PRADO, 2010, p.84):

O bem jurídico tutelado é indiscutivelmente a vida humana, “porque o produto da concepção -o feto- não é uma *spes vitae* e tampouco uma *pars ventris*, mas um ser vivente verdadeiro e próprio, que cresce, tem um metabolismo orgânico próprio e, sobretudo quando está a gravidez em período avançado, move-se e apresenta movimento cardíaco”.

O sujeito ativo do delito como trazido pelo próprio ordenamento penal poderá ser a gestante, um terceiro ou a gestante e um terceiro em concurso de pessoas.

O tipo objetivo do delito é o produto da fecundação, nas palavras de Luiz Regis Prado (2010, p.85), “A conduta incriminada consiste em provocar (dar causa a, originar, promover, ocasionar) o aborto”.

Já o tipo subjetivo consiste no dolo, ou

seja, a intenção do sujeito no resultado da ação, conforme Carrara (apud PRADO, 2010, p.85), “Segundo alguns, o aborto consiste na “morte dolosa do feto dentro do útero” ou “na violenta expulsão do feto do ventre materno”, da qual resulte a morte”.

A consumação do crime de aborto se dá com a morte do produto da concepção, nas palavras de Prado (2010, p.90), “O aborto é delito de resultado, consumando-se com a morte do ovo, do embrião ou do feto<sup>6</sup> (delito instantâneo). A expulsão do produto da concepção não é imprescindível para a consumação do delito”.

A doutrina, a exemplo de Rogerio Sanchez Cunha (2014), classifica o aborto em várias espécies, sendo elas: o aborto natural ou acidental que ocorrem em decorrência de motivos alheios à vontade da gestante, no caso do natural o próprio organismo materno por algum motivo não consegue prosseguir com a gestação, já o acidental é decorrente de algum fato externo (uma queda, um susto) que leva a interrupção da gestação, por esse motivo esses tipos de aborto não estão tipificados pelo Código Penal (CP); o aborto criminoso que vem tipificado pela lei penal e é aquele praticado dolosamente pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem o consentimento da mesma; o aborto legal trazido pela própria legislação penal como aborto não passível de punição, sendo eles o aborto necessário e o humanitário, e ainda, por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), o de fetos anencefálicos; por fim tem-se o aborto econômico, realizado em decorrência da incapacidade financeira da gestante em sustentar a vida futura; e o aborto eugênico, objeto do presente trabalho que será tratado mais adiante.

No atual ordenamento jurídico existem três espécies de aborto permitidas, considerados excludentes de ilicitude.

O CP traz em seu art. 128 duas espécies de aborto que não são passíveis de punição, sendo o aborto necessário e o aborto humanitário (nomenclatura dada pela doutrina):

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

I- Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto em 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.

O denominado aborto necessário é aquele realizado quando não há outra maneira de salvar a vida da gestante a não ser interrompendo a gestação. Para Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.68), “No entender da doutrina, caracteriza caso de estado de necessidade”.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2006, p.169), “O aborto necessário também é conhecido como *terapêutico* e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante”.

A redação do dispositivo ainda deixa claro que a prática do aborto deve ser realizada por médico, sendo que se outra pessoa o praticar, deixa de fazer parte da mencionada excludente de ilicitude.

Como a lei não fala em consentimento da gestante nos casos do aborto necessário entende-se que ao médico pode caber tal decisão, com fundamento no art. 146, § 3º do CP que autoriza a intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente risco de vida. Nas palavras de Mirabete (2006, p. 68) “Cabe ao médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante (a vida da mãe) em prejuízo do bem menor (a vida intra-uterina).”

Outra espécie de aborto trazida pela redação do CP é o denominado aborto humanitário, aquele que é permitido nos casos de gravidez resultante de estupro e nesse sentido Mirabete (2006, p.69), diz que:

Tem-se entendido que, no caso, há, também, estado de necessidade ou causa de não-exigibilidade de outra conduta. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado. Além disso, frequentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas

ligados à hereditariedade.

Nesse caso a redação do dispositivo deixa claro que para a prática dessa modalidade de aborto é necessária a autorização da gestante, sendo penalizada a prática contra a vontade da mulher. O dispositivo traz também que tal prática deve ser realizada necessariamente por médico.

Segundo Mirabete (2006, p.69), “Para que o médico pratique o aborto não há necessidade, evidentemente, de existência da sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo autorização judicial”.

Na prática do aborto humanitário, para o médico, de acordo com Capez (2014, p. 161):

Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e às lesões próprias da submissão forçada à conjunção carnal). No tocante à gravidez decorrente de estupro de vulnerável, basta a prova da realização da conjunção carnal.

Observa-se que, no aborto humanitário não leva-se em consideração a vida do feto que está sendo gerado, nem mesmo suas condições de saúde, mas tão somente o direito da mulher a não gerar um filho decorrente da prática de estupro.

Dessa forma conclui-se que nesse caso o legislador não se preocupou em proteger o bem maior trazido ao nosso ordenamento, a vida (mesmo que intrauterina), tanto protegida em outras situações.

A justificação para a referida permissão de aborto encontra-se na exposição de motivos (item 41) do CP que considera que:

Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.

Por fim, o último caso de aborto atualmente permitido no ordenamento são os casos de

fetos anencéfalos tendo o STF na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54 de 12-4-2012, decidido, diante da grande discussão dos casos por maioria dos votos, por reconhecer a permissão do aborto de fetos anencéfalos quando comprovada a anomalia por laudo médico. Um trecho da ADPF n. 54 traz que:

Daí por que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, por não lesar ou ameaçar o bem jurídico tutelado pelas normas penais incriminadoras em discussão, é absolutamente atípica. Neste sentido, Nelson Hungria já afirmava: “O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”.

O feto anencefálico possui má formação congênita do cérebro, e já se faz comprovado que não tem nenhuma chance ou expectativa de vida extrauterina. Para Bitencourt (2006, p. 173):

Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a – além da perda irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajuda-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Nesse caso, também não opta-se pela “vida” do ser que está sendo gerado, mas sim pelo direito e dignidade inerentes à gestante em poder escolher não prosseguir com a gestação de um ser que não poderá sobreviver ao mundo extrauterino.

O aborto de feto anencefálico é considerado como aborto eugênico, que será tratado a seguir.

## 2.1 O aborto eugênico

O aborto eugênico, classificação trazida pela doutrina, é aquele que ocorre em decorrência da descoberta prévia de que o feto que está sendo gerado é detentor de graves anomalias ou síndromes capazes de interromper o seu normal ciclo de vida.

Segundo Prado (2014, p. 678), “Essa indicação permite o aborto quando existam riscos fundados de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez”.

Sobre a origem do nome traz Frediano José Momesso Teodoro (2012, p.15), “Eu, vocábulo grego que significa bom e *genes* que significa origem, formando *eugenia*, é uma palavra criada por Francis Galton para designar os estudos científicos e estatísticos do processo de seleção natural do ser humano”.

Em tempos remotos parte da doutrina abordava o aborto eugênico como sendo uma forma de selecionar a espécie humana não permitindo o nascimento de seres humanos com graves síndromes ou deficiências, preservando assim a espécie. Nas palavras de Teodoro (2012, P.15), “Esta eugenia, já definida como protociência, como pseudociência, é a busca pela evolução da espécie, através de uma seleção natural”.

Contudo, atualmente a defesa desse tipo de aborto tem um condão muito mais plausível, sendo o da proteção e preservação da saúde física e psíquica da mulher que poderá sofrer com a obrigação de gerar um ser que terá pouca ou nenhuma chance de vida extrauterina. Para Prado (2014, p.678), “argumenta-se que não se pode exigir que a mãe dedique sua própria vida a cuidar de alguém portador de graves anomalias”.

A doutrina que defende o aborto eugênico traz requisitos gerais e específicos que são indispensáveis para uma possível legalização do mesmo. De acordo com Prado (2014, p.678):

A indicação eugênica tem, na atualidade, campo de aplicação bastante limitado. Está subordinada ao atendimento de determinados requisitos- gerais e específicos- indispensáveis para a admissão desse tipo de aborto e de sua eventual inclusão entre os casos de aborto legal.

Para a doutrina, a exemplo de Prado (2014), são requisitos gerais para a permissão do aborto eugênico a prática ser realizada por médico, em estabelecimento hospitalar público ou privado creditado pela Administração Pública e haver o consentimento expresso da gestante ou de seu representante legal.

Já como requisitos específicos tem-se a presunção de que o feto nascerá com graves enfermidades físicas ou psíquicas, devendo ser respeitado o prazo para realização do aborto eugênico que deve ser efetuado nas vinte e duas primeiras semanas da gravidez e ainda deve haver um parecer emitido por dois especialistas.

Para a maior parte doutrinária a obediência aos mencionados requisitos é o necessário para a admissão do aborto eugênico.

O aborto eugênico como já abordado, se dá em decorrência de acometimento de anomalia grave no ser gerado, como exemplo tem-se, além da hipótese da anencefalia mencionada anteriormente, a hipótese da microcefalia que será abordada adiante.

Em se tratando da natureza jurídica do aborto eugênico existem entendimentos de que a interrupção da gravidez devido à inviabilidade da vida extrauterina do embrião teria natureza jurídica de aborto necessário, tendo em vista que, se a própria lei permite o aborto em dados casos independentemente das condições do feto como nos casos de perigo para a vida da gestante e gravidez decorrente de estupro, não há porque não se admitir a interrupção da gestação diante da certeza da impossibilidade de vida extrauterina do feto ou ainda da limitação da vida do mesmo.

Contudo o entendimento majoritário é de que a natureza jurídica do aborto eugênico é uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa tendo em vista que considerando que o feto sabidamente nascerá com graves síndromes, não

há porque prolongar o sofrimento da gestante a obrigando a levar adiante uma gravidez que dará luz a um feto sem possibilidades de uma vida saudável. Segundo Bitencourt (2011, p.179):

[...] o Código Penal, lamentavelmente, não legitima o chamado aborto eugenésico, mesmo que seja provável que a criança nascerá com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustentamos que a gestante que provoca o auto-aborto ou consente que terceiro lhe pratique está amparada pela inexigibilidade de outra conduta, sem sombra de dúvida.

Pelo o exposto conclui-se que segundo a doutrina majoritária a natureza jurídica do aborto eugênico no ordenamento jurídico atual é de inexigibilidade de conduta diversa.

Afinal, não é plausível que a gestante seja obrigada a continuar com uma gestação e que até crie uma expectativa sobre um feto que já nascerá sem possibilidades de ter uma vida normal e saudável, podendo ter até mesmo uma “vida vegetativa”.

## 2.2 A Microcefalia

O presente trabalho objetiva a discussão sobre a possibilidade do uso da analogia para a permissão do aborto eugênico em casos de microcefalia. Para tanto, necessário se faz destringir o conceito da microcefalia e suas individualidades.

Segundo publicação do Ministério da Saúde (MS), a microcefalia é uma condição neurológica rara em que a cabeça e o cérebro da criança são significativamente menores do que os de outras da mesma idade e sexo. A microcefalia normalmente é diagnosticada no início da vida e é resultado do cérebro não crescer e se desenvolver o suficiente durante a gestação ou após o nascimento.

Conforme publicação do MS, “microcefalia é uma malformação congênita, em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada”.

Não há uma cura definitiva para a microcefalia podendo a mesma ser causada por uma

série de problemas genéticos ou ambientais. Segundo o MS “essa malformação congênita pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e agentes biológicos (infecciosos), como bactérias, vírus e radiação”.

De acordo com pesquisa realizada pelo MS, no Brasil no ano de 2015 houve centenas de registros da ocorrência de microcefalia, sendo a principal causa a picada do mosquito *Aedes Aegypti* transmissor do denominado Zica vírus que ao infectar a gestante ataca o sistema neurológico do feto que está sendo gerado.

Segundo informações do MS “o Zica vírus foi identificado pela primeira vez no Brasil em abril de 2015. A origem de sua identidade se teve em 1947, na floresta Zica, em Uganda”.

Crianças com microcefalia têm problemas de desenvolvimento, de acordo com o MS 90% dos casos estão ligados a retardo mental tendo em vista a má formação do cérebro, podendo na maioria dos casos não desenvolverem um ciclo de vida normal ficando submetidas a uma vida vegetativa o que causa grande sofrimento tanto para a criança quanto para a mãe, que deverá dedicar todo o seu tempo aos cuidados do filho.

Em relação ao aborto eugênico e nele incluído os casos de microcefalia, diz Cunha (2014, p. 119), que uma parte da doutrina “sustenta: não sacrificar o feto é, talvez, sacrificar, num futuro próximo e iminente, duas vidas: a do próprio feto e a da sua gestante”.

Não se tem ao certo a delimitação de estimativa de vida para crianças acometidas pela microcefalia, porém, tudo indica que não terão o mesmo ciclo de vida de uma pessoa normal.

Tendo em vista o grande avanço da medicina é possível a descoberta da microcefalia, assim como de outras anomalias, quando o feto ainda está sendo gerado.

## 3. O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A CF/88 não aborda expressamente no

que tange ao aborto atualmente tipificado pelo CP, seja para trazer apontamentos favoráveis ou apontamentos contrários.

Contudo, isso não significa que tal conteúdo não pode ser trazido à visão constitucional, tendo em vista que o mesmo encontra-se entranhado nos princípios e valores consagrados na CF.

Mais que isso, todos os institutos jurídicos devem ser relidos a partir dos valores constitucionais, tendo em vista que todos os ramos do direito com suas normas e conceitos particulares devem se pautar na aplicação dos ditames constitucionais (CLÉVE, 1995).

A CF aborda em boa parte de seu texto sobre direitos fundamentais inerentes a todos trazendo os direitos individuais, políticos, sociais e difusos, positivados em seu artigo 5º.

Dessa forma, é justamente na CF que se deve limitar a esfera da legislação ordinária e buscar premissas a respeito do tema aborto, tendo em vista que tal carta confere os direitos fundamentais à mulher, como também a proteção ao feto que está sendo gerado.

Para a discussão do aborto, necessário se faz a análise da proteção jurídica dada à vida que está se formando verificando-se a intensidade como essa vida é protegida pelo ordenamento, especificamente pela CF.

Diante das vertentes constitucionais é possível verificar que a vida intrauterina recebe proteção da CF, contudo uma proteção com intensidade menor do que a dada à pessoa após o nascimento com vida. Durante a gestação quanto mais o feto se desenvolve e adquire viabilidade extrauterina, maior a sua proteção.

Para Daniel Sarmiento (2005, p.29):

(...) a ideia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto- 1 a 3 anos de detenção (art.124 do CP)-, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art.121 do mesmo código).

Tal ideia encontra fundamento também na área científica, tendo em vista que já fora constatado que até o segundo trimestre de gestação ainda não há a formação do córtex cerebral, não havendo nenhuma possibilidade de o feto nessas condições possuir capacidade racional.

Ressalta Maurizio Mori (apud SARMENTO, 2005, p.30), “o córtex constitui o substrato biologicamente necessário do qual se emerge do nível cultural-racional”.

Portanto, na referida fase, embora o nascituro já possua vida ainda não é considerado pessoa e por esse motivo não há razão para que seus direitos sejam capazes de se sobrepor aos direitos da mulher.

Apesar de a legislação oferecer proteção à vida humana mesmo antes do nascimento conforme traz a CF e o Código Civil (CC) em seu artigo 2º, tal proteção possui intensidade menor do que àquela oferecida à vida já existente em sua forma extrauterina, tendo em vista que a partir da concepção poderá passar a existir conflitos de interesses e direitos envolvendo a gestante e o feto.

Sarmiento (2005, p.34) considera que:

(...) este entendimento se reforça diante da interpretação sistemática da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. É que a Convenção consagra em seu bojo uma série de outros direitos, titularizados também pelas gestantes, que podem entrar em colisão com a proteção à vida embrionária: é o caso do direito ao respeito da integridade física, psíquica e moral (art.5º,1) do direito à liberdade e segurança pessoais (art.7º, 1), do direito de proteção à vida privada (art.11, 2), dentre outros. Assim, a atribuição de um peso absoluto à proteção da vida do nascituro implicaria, necessariamente, na lesão a estes direitos, razão pela qual torna-se essencial a sua relativização.

Dessa forma não haveria como potencializar o direito à vida do feto sem fazer as devidas ponderações aos direitos inerentes à gestante, considerada pessoa e com proteção maior do que a vida intrauterina.

Um ponto de suma importância no que tange ao aborto é a proteção do direito à saúde da

mulher.

A atual proibição do aborto no ordenamento jurídico brasileiro atinge à eficaz proteção à saúde da gestante, tendo em vista que além de existirem gestações que possam implicar na lesão da saúde física e psíquica da mulher, em diversos casos as gestantes buscam meios clandestinos de interrupção de gestação não planejada causando um avassalador dano à saúde de inúmeras mulheres nos dias de hoje.

Conforme entendimento de Sarmento (2005, p.35):

pode-se dizer que a criminalização do aborto como está hoje consagrada na legislação brasileira, atinge duplamente o direito à saúde das mulheres. Primeiramente, tem-se uma lesão aos direitos das gestantes, quando estas são obrigadas a levar a termo gestações que representam risco ou impliquem em efetiva lesão à sua saúde física ou psíquica. Isto porque, o risco à saúde não constitui hipótese de aborto autorizada pela legislação nacional. Mas, além disso, verifica-se também uma lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres brasileiras em idade fértil, decorrente do principal efeito prático das normas repressivas em vigor. (...) levam todo ano centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para suas vidas e saúde.

Dessa forma, percebe-se que a criminalização do aborto não consegue trazer proteção à vida intrauterina, mas acarreta efeito colateral desastroso quando se trata da vida e saúde da gestante.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), define-se saúde como “um estado de completo bem estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Portanto dar a opção à gestante em prosseguir ou não com a gestação é preservar a saúde da mesma, aplicando dessa forma a égide constitucional no que tange ao direito à saúde da mulher.

No que concerne aos direitos reprodutivos, estes devem estar relacionados com o direito à saúde, tendo em vista que, segundo Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirota (apud

SARMENTO, 2005, p.38), são “direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”, devendo compreender “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde”.

Portanto, conclui-se que para que os direitos inerentes à mulher sejam assegurados deve-se fazer a ponderação entre os mesmos e o direito à vida do nascituro, e como abordado anteriormente tem-se que os direitos daqueles que já possuem vida extrauterina são mais protegidos do que os do ser intrauterino.

Em um trecho da ADPF n.54, que permite atualmente o aborto em casos de fetos anencefálos, aduz-se que, “(...) a questão em debate nestes autos envolve a autonomia reprodutiva da mulher, que tem fundamento constitucional nos direitos à dignidade, à liberdade e à privacidade”.

Por esse prisma tem-se ademais, a análise da dignidade da pessoa humana, que traz a ideia de liberdade de homens e mulheres em decidir os rumos que desejam tomar nas mais diversas áreas de suas vidas.

Um grande desafio enfrentado por grande parte das mulheres atualmente é o direito ao controle do próprio corpo, principalmente nas questões da sexualidade e da reprodução.

A sociedade impõe à mulher que para a mesma ser realizada e plena deve constituir uma família, dar herdeiros ao marido, cuidar da casa e da família. Ocorre que após tantas discussões e conquistas alcançadas pelas mulheres as mesmas devem ter o poder de decidir sobre essas questões, especialmente no que diz respeito à reprodução.

Nas palavras de Sarmento (2005, p.43), “(...) uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é aquela concernente a ter ou não um filho. É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher”.

A maternidade para a grande maioria das mulheres é um momento de plenitude e realização, contudo nem todas estão aptas e preparadas para esse momento, surgindo então a questão do



direito a decidir se a mulher quer ou não passar por essa experiência, tendo em vista que cada uma possui o seu tempo.

Para Ronald Dworkin (2001, p.143):

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é cruel para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque ela não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona do seu próprio corpo, pois a lei impõe uma espécie de escravidão. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não tem condições financeiras de manter os filhos. (Sem dúvidas, esses diferentes tipos de prejuízo serão multiplicados e intensificados se na origem da gravidez estiver um incesto ou estupro, ou se a criança nascer com graves deficiências físicas ou mentais.)

Dessa forma, tendo em vista os casos de aborto legalmente permitidos e o direito da mulher ao próprio corpo, busca-se a legalização do aborto pelo menos em casos extremos comparados ao permitido aborto do feto anencéfalo, para que dessa forma os direitos inerentes à mulher possam ser preservados e a mesma possa decidir sobre a geração e nascimento de um ser que não tem expectativa de vida.

#### 4. O USO DA ANALOGIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO PARA A AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM CASOS DE MICROCEFALIA

Nenhum ordenamento jurídico é perfeito tendo em vista que o legislador não pode prever todos os casos possíveis de surgir nas relações jurídicas, ficando algumas questões omitidas do ordenamento. Nas palavras de Rodrigues (*apud* ISHIDA, 2009, p.20):

Quando a lei é omissa sobre algum problema, ou sobre a solução de alguma relação jurídica, diz-se que há uma *lacuna* da lei. Esta é inevi-

tável em qualquer ordenamento jurídico, porque o legislador, por mais sagaz que seja, não pode prever todos os casos capazes de aparecer nas relações jurídicas previstas.

A partir daí surge a denominada analogia. Esta é uma forma de integração do direito utilizada quando há lacunas na lei, ou seja, não existe uma norma específica para o caso concreto e dessa forma utiliza-se previsão legal empregada à outra situação similar.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.56), “Analogia é um princípio jurídico segundo o qual à lei estabelecida para determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro.”

A analogia no direito penal possui natureza jurídica de integração da lei penal e conforme Cunha (2014, p.66), “é representada em latim pelo brocardo “*ubi eadem ratio ibi idem jus*” (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito)”.

A analogia pode ser subdividida em 4 espécies sendo elas a analogia legal, que se dá quando uma norma rege um caso semelhante em que há lacuna na lei; a analogia jurídica quando se aplica um preceito consagrado pela doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito; a analogia *in bonam partem* utilizada para beneficiar o sujeito; e a analogia *in malam partem* utilizada para prejudicar o sujeito.

No direito penal a doutrina, a exemplo de Cunha (2014), é pacífica quanto ao uso da analogia sendo que para sua aplicação são imprescindíveis dois requisitos: a aplicação deverá ser favorável ao réu e a existência de uma efetiva lacuna legal a ser preenchida, ou seja, a analogia *in malam partem* não é utilizada pelo atual ordenamento jurídico.

Segundo Cunha (2014, p. 66), “em síntese, com espeque no princípio da legalidade, o emprego da analogia no Direito Penal somente é permitido a favor do réu, jamais em seu prejuízo, seja criando tipos incriminadores, seja agravando as penas dos que já existem”.

Vale ressaltar que na visão de Cunha (2014), a analogia não é fonte de direito e, por-

tanto, não tem o condão de criar novo crime ou dar nova interpretação a um dispositivo, apenas utilizar uma norma ou entendimento existente para aplicar a casos semelhantes quando houver lacunas na lei.

Cunha (2014, p.65), entende ainda que “a analogia decorre, portanto, de uma lacuna, um vazio normativo- e não de uma lei pendente de interpretação”.

Tomando-se por base os dispositivos penais que permitem o aborto e o reconhecimento dado pelo STF sobre a permissão do aborto de fetos anencéfalos inicia-se a discussão sobre a possibilidade do uso de analogia para aplicar o mencionado artigo e a decisão do Tribunal Superior em casos em que o feto que está sendo gerado é descoberto com graves síndromes que impossibilitem ou interrompam o seu normal ciclo de vida, mais especificadamente no caso da microcefalia.

Segundo Dworkin (2001, p.45):

Em alguns casos, de fato, quando a anomalia é muito grave e a vida potencial estiver fadada a uma deformidade cruel e à brevidade, a concepção liberal paradigmática sustenta que o aborto não só é moralmente permissível como pode ser uma necessidade moral, uma vez que seria um erro trazer ao mundo, conscientemente, uma criança em tais condições.

Tendo em vista o uso da analogia em diversos casos em que há lacunas legislativas, é possível pleitear-se judicialmente a permissão do aborto eugênico nas mencionadas situações, tendo em vista que assim como na anencefalia, o feto terá seu ciclo de vida interrompido e se a mulher for obrigada a levar a gestação adiante sofrerá irreparáveis danos psicológicos pelo fato de estar gerando e criando expectativas sobre um ser que nunca terá uma vida digna ou nem sequer sobreviverá à vida extrauterina.

Segundo Prado (2006, p.185), “é quase pacífica a orientação quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não-incriminadoras gerais (v.g., excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuante).”

Nos abortos necessário e humanitário ob-

serva-se que a lei põe como prioridade, respectivamente, a saúde física e mental da mulher e não a vida do feto, portanto a mesma linha deveria ser seguida nos casos de eugenia, pois seria contraditório não proteger igualmente a mulher que se encontra em uma situação tão delicada frente ao feto que comprovadamente possui graves síndromes e terá uma vida restrita.

A permissão do aborto eugênico é norma penal em branco, ou seja, não está contemplada pela legislação, daí porque fazer o uso da analogia para conseguir tal permissão.

Prado (2006, p.184) afirma que:

Em geral, por analogia, costuma-se fazer referência a um raciocínio que permite transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro certos caracteres essenciais ou a *mesma* ou *suficiente razão*, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante *simili* ou *pari*.

De acordo com Mirabete (2006, p.70), na visão de Basileu Garcia “são lacunosos os códigos que, tendo eliminado a repressão a título de crime do abortamento sentimental e em certa medida do terapêutico, consideram suscetível de pena o abortamento eugênico”.

Percebe-se que atualmente a luta pela descriminalização do aborto eugênico vem crescendo cada vez mais, em especial em casos específicos onde a anomalia que acomete o feto o incompatibiliza de modo definitivo com a vida, já podendo ser encontrados diversas decisões favoráveis ao aborto nesses casos.

Mirabete (2006, p. 70), acredita que: “a inviabilidade da vida extra-uterina do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se alguns na tese da existência da possibilidade do aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa”.

Portanto, se é possível a permissão do aborto e a consequente excludente de culpabilidade nos casos trazidos pelo ordenamento penal, tal reconhecimento deve ser dado aos casos de aborto eugênico, quando estes preencherem os

requisitos necessários para tanto.

Por fim é perfeitamente possível que a gestante, quando da descoberta de que o feto gerado possui síndromes graves que limitem ou impossibilitem o seu ciclo de vida ingressem com pleito judicial, com fundamento no uso da analogia legalmente permitida, para a autorização de interrupção da gestação, desde que comprovado através de laudo médico, tendo em vista que a sua continuidade somente trará malefícios físicos e psicológicos tanto para a mulher quanto para o feto.

Nas palavras de Capez (2014, p.162), “(...) mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciada em laudos subscritos por juntas médicas, deve ser autorizada a sua prática (do aborto)”.

Nesse sentido, decisão do STJ aduz que:

Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexos com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...)

Dessa forma conclui-se que o ordenamento põe a salvo os direitos constitucionais inerentes à pessoa da gestante, trazendo a proteção necessária a tais direitos e levantando apontamentos sobre a permissão do aborto em casos específicos como nos trazidos pelo aborto eugênico.

Portanto o aborto eugênico possuindo fundamentos relevantes e de acordo com os apontamentos legais pode ser levado a juízo com a utilização da analogia para que possa ser reconhecido e permitido em casos extremos, como no da microcefalia, tendo em vista que a própria lei aduz que nos casos lacunosos ao juiz caberá a aplicação de integração legal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto no atual ordenamento jurídico é descrito como conduta tipificada pelo Código Penal havendo cominações de penas para aqueles que praticarem ou colaborarem para a sua ocorrência. Contudo a lei exclui de tal tipo o aborto legal e o humanitário.

Tendo em vista os casos de fetos anencéfalos o STF na ADPF n. 54, decidiu em reconhecer a permissão do aborto de fetos anencéfalos.

Dessa forma, tomando por base os dispositivos que permitem o aborto e o reconhecimento dado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a permissão do aborto de fetos anencéfalos surge a real possibilidade do uso de analogia para aplicar o mencionado artigo e a decisão do Tribunal Superior nos casos em que antecipadamente é descoberta a presença de graves anomalias acometendo o ser que está sendo gerado.

A importância do tema abordado se dá pela grandeza de discussões atualmente existentes, sendo o mesmo de grande importância para a atual conjuntura do Brasil que apresenta inúmeros casos de mães que descobrem previamente que o feto possui síndromes que o impeçam de passar por um ciclo de vida minimamente possível, e em muitos casos terá vida vegetativa.

Tal descoberta é possível tendo em vista o grande avanço na medicina que hoje permite que a mãe tenha conhecimento sobre informações da saúde do feto antes mesmo de seu nascimento.

Tendo em vista o uso da analogia em casos em que existem lacunas legislativas, é possível pleitear-se judicialmente a permissão do aborto eugênico nos casos de fetos acometidos pela microcefalia, tendo em vista que assim como no aborto legal, humanitário e de fetos anencéfalos, o que é protegido com rigor é o direito da mulher a não ser prejudicada por uma gestação desastrosa.

Além disso, observa-se também o grande número de casos de abortos clandestinos que acabam tirando a vida tanto do feto quanto da mãe, dessa forma seria importante considerar que a atual criminalização do aborto está aumentando a mortalidade tanto dos fetos quanto de mulheres

que recorrem aos meios clandestinos, sendo esta uma realidade tão presente no Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. Volume 2. 11<sup>a</sup> edição. Editora Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2- Dos crimes contra a pessoa**. 5 edição. Editora Saraiva. 2006.

BRASIL, Código Civil Brasileiro. Promulgado em 2002. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 14/09/2016.

BRASIL, Código Penal Brasileiro. Promulgado em 1940. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 14/09/2016.

BRASIL, Constituição Federal Brasileira. Promulgada em 1988. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 14/09/2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal parte especial 2**. 14 edição. 2014.

CLÉVE, Clemerson Merlin. “A teoria Constitucional e o Direito Alternativo” in **Uma vida dedicada ao direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT. 1995.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO) – 1946. Disponível em [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br). Acesso em 07/10/2016.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Direito Penal Parte Especial**. Volume único. 6<sup>a</sup> edição. Editora Jus PODIVM. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida- Aborto, Eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo. 2001.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO PENAL. Disponível em [www.diariodasleis.com.br](http://www.diariodasleis.com.br).

[www.diariodasleis.com.br](http://www.diariodasleis.com.br). Acesso em 04/10/2016.

HABEAS CORPUS 56.572/SP Rel Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 06/10/2016.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de Direito Penal**. Editora atlas. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal parte especial**. Volume 2. Editora Atlas 2006.

NOBRE, Miriam; Faria, Nalu e Silveira, Maria Lúcia. **Feminismo e luta das mulheres**. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 edição. 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. Volume I. 6 edição. Editora revista dos tribunais. 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Especial**. Volume 2. 8 edição. Editora revista dos tribunais.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. 2005. Acesso em 15/09/2016.

SITE MINISTÉRIO DA SAÚDE. <http://portal-saude.saude.gov.br/>. Acesso em 19/09/2016.

TEODORO, Frediano José Momesso. **ABORTO EUGÊNICO- Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. 1<sup>a</sup> edição. 2012. Editora Juruá.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11<sup>a</sup> edição. Editora Saraiva. 2009.