



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NA ADPF 54 NO ABORTO HUMANITÁRIO

Vanessa Oliveira da Silva

Rio de Janeiro  
2017

VANESSA OLIVEIRA DA SILVA

IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NA ADPF 54 NO ABORTO HUMANITÁRIO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nélson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2017

## IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NA ADPF 54 NO ABORTO HUMANITÁRIO

Vanessa Oliveira da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica.

**Resumo** - a questão do aborto e a sua descriminalização encontra-se, mais do que nunca, sendo amplamente debatida pela sociedade brasileira. Enquanto de um lado tem-se os grupos religiosos brigando pelo endurecimento das sanções àqueles que praticam tal conduta, de outro há grande parcela da sociedade civil que clama para a descriminalização desta conduta em todas as suas modalidades. Enquanto nosso Congresso Nacional não debate o tema com a devida atenção que ele merece, constantemente casos envolvendo feto anencefálico e fetos má formação são levados ao Poder Judiciário, para que este diga se um eventual aborto nessas condições seria crime ou não. Este trabalho objetiva abordar os aspectos jurídicos da decisão proferida na ADPF 54 para os fetos anencefálicos, bem como uma possível interpretação extensiva desta decisão para outras situações de má formação fetal.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. ADPF 54. Aborto. Feto anencefálico. Interpretação extensiva. Microcefalia.

**Sumário** - Introdução. 1. O instituto do aborto humanitário no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A possibilidade (ou não) de interpretação extensiva da decisão proferida na ADPF 54 para outros casos de má formação fetal. 3. A inércia do Congresso em discutir a questão e a insegurança jurídica e social em deixar o tema nas mãos do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem intuito de discutir a possibilidade de estender a interpretação conforme a Constituição, conferida pelo Supremo Tribunal Federal à antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, para outros casos de má formação fetal. Procura-se discutir os fundamentos da aludida decisão, bem como a viabilidade de sua aplicação para outras hipóteses de aborto.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, bem como os votos dos ministros da Corte Superior no processo em questão para discutir seus reflexos na sociedade brasileira.

Diante do crescente número de demandas em que se busca o aval do Poder Judiciário para a realização de abortos em casos excepcionais, o tema mostra-se controvertido, já que na maioria das vezes há intervenções de terceiros nesses processos com o intuito de proteger os direitos dos nascituros.

No primeiro capítulo, o trabalho é iniciado com uma breve análise histórica da criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Aborda-se neste capítulo as atuais hipóteses de excludentes da ilicitude do aludido crime, bem como a visão do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

O segundo capítulo objetiva discutir a viabilidade de se conferir uma interpretação extensiva da decisão proferida na ADPF 54 para outros casos de má formação do feto, em especial, para os casos de microcefalia.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, os efeitos sociais da inércia do legislador em discutir de forma séria a questão da legalização ampla e restrita do aborto e como isso traz insegurança para a sociedade, já que transfere a questão, em última análise, para as mãos do Poder Judiciário, que não tem a atribuição de normatizar as relações sociais, a tarefa precípua do Poder Legislativo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, já que a pesquisadora pretende propor hipóteses, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a pesquisa terá uma abordagem qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema, notadamente os votos dos ministros do STF na ADPF 54, para sustentar a sua tese.

## 1. O INSTITUTO DO ABORTO HUMANITÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O aborto provocado, que se caracteriza pela expulsão do feto por meios violentos<sup>1</sup>, encontra-se criminalizado em nosso ordenamento entre os artigos 124 e 126, Código Penal. Uma análise histórica da criminalização do aborto mostra que as normas atuais são as mais rígidas, apesar do grande apelo da sociedade para a descriminalização total dessa conduta. Como diz Bitencourt<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. C.A (atual.) Nagib Slaibi Filho, Gláucia Carvalho, 22. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 8

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial*. V 2, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. (...)

O Código Penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. (...)

O Código Penal de 1940, por sua vez, tipifica três figuras de aborto: aborto provocado (art. 124), aborto sofrido (art. 125), e aborto consentido (art. 126).

E isso porque o bem jurídico tutelado pelo legislador é, imediatamente, a vida em formação no ventre da gestante, e de forma mediata, a integridade, tanto física quanto psicológica, da gestante. Nas palavras de Rogerio Greco<sup>3</sup>:

O bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores (arts. 123, 124 e 125 do CP), é a vida humana em desenvolvimento. Luiz Regis Prado alerta que, de modo geral, “no aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125 do CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127 do CP).

Há na legislação, contudo, causas especiais de excludente da ilicitude desse delito, ou seja, o legislador previu determinadas situações em que não ocorre a punição do aborto quando ele for praticado por médico nas seguintes situações: quando não houver outro meio salvar a vida da gestante, quando a gravidez resultar de estupro e há o consentimento da gestante ou do seu representante, caso ela seja incapaz.

Esta última situação é conhecida como aborto humanitário, ético ou sentimental e, assim como na hipótese de risco para a gestante, geralmente, não necessita de ordem judicial para a ser realizado. Basta, apenas, que o médico se certifique da existência do crime, o que pode ser feito pela existência do inquérito policial ou do processo judicial.

Essas exceções se constituem em uma opção legislativa de não punir nem a gestante, nem o médico que pratiquem o aborto nessas situações, em nome da dignidade humana da gestante. E isso porque se trata de situações extremas que mexem de forma tão profunda com o psicológico da gestante, a ponto de afetar a sua dignidade, já que ela teria que passar por meses de sofrimento, angústia e desespero.

Dentro desse cenário, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar na ADF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, sobre a

---

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 10 ed., Niterói: Impetus, 2016, p. 362.

possibilidade de se conferir interpretação conforme à Constituição para incluir nas causas especiais de excludente da ilicitude do crime de aborto a interrupção da gravidez quando se constatar que se trata de um feto anencefálico.

A anencefalia se caracteriza por uma má formação fetal resultando na ausência parcial do encéfalo e da calota craniana. Como se trata de uma patologia fatal, os fetos que são acometidos por ela têm curta expectativa de vida extrauterina. Estudos na área médica, cujos resultados foram apresentados em um Fórum de Medicina em Brasília<sup>4</sup>, apontam que em aproximadamente 75% dos casos de anencefalia o feto vem a óbito ainda no útero materno. Já os 25% que conseguem sobreviver à gestação acabam morrendo nas primeiras 24 horas de vida, com raras exceções de casos em que os bebês ultrapassam as 48 horas de vida fora do útero materno.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt,<sup>5</sup> essa situação se enquadra no chamado aborto eugenésico, que não foi amparado pelo nosso ordenamento, podendo ser considerada, no máximo, uma causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Por maioria, a Suprema Corte decidiu que não se constitui crime de aborto, nem para a gestante, nem para o médico, a interrupção da gravidez quando o feto sofrer de anencefalia, diante da impossibilidade, mais do que comprovada pela medicina, de vida fora do útero.

Em seu voto, o ministro relator Marco Aurélio destacou que até 2005 o Poder Judiciário instado a se manifestar sobre essa questão, autorizou cerca de três mil antecipações terapêuticas da gestação por conta da impossibilidade de vida fora do útero. Ponderou, ainda, que compelir a mulher a manter uma gravidez de um feto anencefálico não se coaduna com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde<sup>6</sup>.

Após a decisão da Suprema Corte, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.989, em 10/05/2012<sup>7</sup>, com o intuito de uniformizar o procedimento para detectar a anencefalia e estipulou os critérios que os médicos devem observar antes de detectar a aludida enfermidade e realizar a antecipação terapêutica do parto.

---

<sup>4</sup> BRASIL. <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20903%3Amedicos-e-juristas-defendem-a-antecipacao-terapeutica-do-parto-&catid=3%3Aportal&Itemid=1](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20903%3Amedicos-e-juristas-defendem-a-antecipacao-terapeutica-do-parto-&catid=3%3Aportal&Itemid=1)> Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>5</sup> Ibid., p. 170.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. APDF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 03 jun.2017.

<sup>7</sup> BRASIL. <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf)> Acesso em: 03 mai. 2017

A discussão que vem à tona cinge-se na possibilidade de aplicação do mesmo entendimento para outras patologias que gerem a má formação do feto, em especial, a microcefalia. Em outras palavras, se seria possível uma aplicação analógica do entendimento esposado na ADPF 54<sup>8</sup> para outros casos de má formação fetal.

## 2. A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 54 PARA OUTROS CASOS DE MÁ FORMAÇÃO FETAL.

Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição para permitir o aborto de fetos anencefálicos. Significa dizer que a Suprema Corte conferiu uma nova causa supralegal de excludente da ilicitude para os tipos penais previstos nos artigos 124 e 126, Código Penal.

Argumentaram os Ministros, em sua maioria<sup>9</sup>, que compelir uma mulher grávida a dar continuidade a sua gestação mesmo sabendo que seu filho morreria no máximo 48 horas depois do nascimento violaria, dentre outros, preceitos fundamentais dessa mulher, como sua dignidade humana e sua integridade física e psíquica, assemelhando tal conduta a uma verdadeira tortura.

Em um trecho do seu voto, o ministro relator da APDF Marco Aurélio afirma que<sup>10</sup>:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Diante dessa decisão permissiva, que chegou a ser chamada por críticos de “o início da legalização do aborto”, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que chegou a pleitear sua intervenção no feito na qualidade de *amicus curiae*, mas teve seu pedido negado pelo relator, alguns setores da sociedade civil começaram a questionar se não seria

---

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>9</sup> Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski; que entendeu que o STF não pode exercer o papel de legislador positivo e ao permitir o aborto de feto anencefálico permitiria também o mesmo entendimento para outras enfermidades em que houvesse pouca ou nenhuma chance de vida fora do útero materno; e Cezar Peluzo, também ao argumento de que o STF não pode atuar como legislador positivo e a questão da anencefalia imporia uma grande cautela, pois haveria dificuldade no diagnóstico da enfermidade. Houve, ainda, a declaração de impedimento do Ministro Dias Toffoli, por ter sido o Advogado-Geral da União (AGU) e ter participado da elaboração do parecer favorável da AGU.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

possível aplicar o entendimento esposado na ADPF 54<sup>11</sup> a outros casos de má formação fetal, notadamente, para os casos de microcefalia.

Conforme amplamente divulgado na mídia, nos anos de 2015 e 2016, o Brasil foi acometido por uma epidemia do vírus da zika, que também é transmitido pelo mosquito *Aedes aegypti*. Em paralelo a essa epidemia, constatou-se um aumento expressivo nos casos de microcefalia. Após pesquisas científicas, obteve-se fortes indicativos de que o aumento dos casos de microcefalia estava diretamente associado ao aumento do caso de contaminação pelo vírus da zika, não obstante haja outras causas conhecidas para a ocorrência dessa má formação fetal, como o uso de drogas durante a gravidez, contaminação da gestante por rubéola ou toxoplasmose, etc.

Segundo estudos médicos<sup>12</sup>, a microcefalia se configura em uma: malformação congênita, em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Neste caso, os bebês nascem com perímetro cefálico (PC) menor que o normal, que habitualmente é superior a 32 cm<sup>13</sup>.

Estudos médicos indicam que a microcefalia causa problemas de desenvolvimento para os bebês, no entanto, não há relatos científicos de que a microcefalia necessariamente leve ao óbito do nascituro. Ainda, não há comprovações científicas de que todos os genitores acometidos pelo vírus da zika necessariamente terão filhos com microcefalia.

Para aqueles que defendem a interpretação extensiva da decisão proferida na APDF 54<sup>14</sup> para os casos de microcefalia, o argumento principal é que o aborto deve ser considerado um direito da mulher, independentemente de má formação fetal, sendo esse direito ainda mais evidente nestas hipóteses. Argumentam, ainda, que deve ser ampliado o conceito de dano à mulher, que é um dos permissivos do aborto legal, para incluir a saúde mental da gestante. Com isso, seria conferido à mulher o direito de abortar nas hipóteses em que se soubesse que o feto possuirá graves limitações, exatamente como ocorre no caso da microcefalia.

No entanto, apesar de se reconhecer o legítimo o direito da mulher de lutar pela legalização do aborto (que não é o foco do trabalho), não é possível, sob o ponto de vista da atual legislação penal brasileira, defender uma interpretação extensiva da decisão proferida na

---

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>12</sup> BRASIL. Título disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/1225-zika/21849-o-que-e-a-microcefalia>> Acesso em: 03 jun.2017.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

APDF 54<sup>15</sup> para os casos de microcefalia, ou qualquer outra má formação fetal que não impeça a vida extrauterina.

De início porque a situação do feto anencefálico é completamente diferente do feto com microcefalia. Enquanto aquele não tem condições de viver fora do útero, já que não possui um cérebro bem constituído capaz de comandar as funções vitais; como já comprovado pela medicina; o feto com microcefalia possui condições de viver, crescer e se desenvolver, da mesma forma que uma criança com Síndrome de Down ou a Síndrome de Patau, por exemplo, cujas anomalias também são detectáveis durante a gestação.

Além disso, os casos de microcefalia muitas vezes só são diagnosticados após o nascimento da criança, enquanto que nos casos de feto anencefálico o diagnóstico da má formação ocorre ainda durante a gestação, normalmente por volta da 12<sup>a</sup> semana.

Talvez o ponto principal aqui seja considerar que apesar de haver sequelas, considerável parcela das crianças com microcefalia consegue levar uma vida normal, dentro das suas limitações cognitivas e motoras, da mesma forma que crianças com Síndrome de Down. Em outras palavras, os bebês acometidos pela microcefalia possuem as mesmas perspectivas de vida das crianças sem a aludida enfermidade.

Diante disso, é forçoso admitir que conceder permissão para o aborto de fetos por suspeita de microcefalia, cuja confirmação da anomalia só ocorre após o nascimento, ou qualquer outra má formação que não inviabilize a vida extrauterina do feto, beira a eugenia, já que seria um aborto preventivo diante da suspeita de anomalias físicas ou mentais. Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal ainda não foi instado a se manifestar especificamente sobre essa questão.

Por fim, é importante lembrar que o ponto central deste trabalho não é discutir a legalização ou não do aborto; tema que demandaria uma nova pesquisa científica; mas sim a viabilidade jurídica, dentro das normas de hermenêutica que regem o ordenamento, de se estender (ou não) um entendimento que descriminalizou determinada conduta para outra conduta que não é idêntica ao precedente, nem guarda os mesmos fundamentos naturalísticos.

### 3. A INÉRCIA DO CONGRESSO EM DISCUTIR A QUESTÃO E A INSEGURANÇA JURÍDICA E SOCIAL EM DEIXAR O TEMA NAS MÃOS DO PODER JUDICIÁRIO.

---

<sup>15</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

É sabido que frequentemente as relações sociais avançam em uma velocidade infinitamente maior do que as atualizações legislativas. E não foi diferente com a questão do aborto.

Como visto inicialmente, o Código Penal<sup>16</sup> vigente, editado em 1940, é o mais rigoroso no tratamento conferido à gestante e ao médico que praticam o aborto. Indubitavelmente, a criminalização do aborto tem uma relação direta com os preceitos religiosos defendidos pela Igreja Católica, que sempre teve uma estreita ligação com o Estado Brasileiro.

Paralelamente, o Brasil, seguindo as tendências estrangeiras, vivenciou uma onda de revolução feminista, que dentre as reivindicações, pleiteia, até hoje, a descriminalização total do aborto, por considerar que ter ou não um filho, antes mesmo de saber da existência de qualquer anomalia, deve ser uma decisão a ser tomada exclusivamente no campo privado da mulher ou do casal, competindo ao Estado apenas fornecer os meios necessários para o procedimento de interrupção da gravidez, caso essa seja a opção escolhida.

Além disso, segundo os defensores da descriminalização do aborto, o estado brasileiro é laico, ou seja, deve ser imparcial quando o assunto é religião, sem apoiar ou discriminar nenhuma forma de religião, da mesma forma que não pode sofrer influência de nenhuma religião. Aliás, esse argumento também foi usado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF 54 para descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos<sup>17</sup>:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não devem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

Dessa forma, a análise acerca da descriminalização ou não do aborto não pode, em hipótese nenhuma, passar pelo viés religioso.

---

<sup>16</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2017.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

Apesar dos apelos populares, os congressistas parecem não ouvir o clamor popular e não há sequer uma perspectiva de se discutir o tema de maneira adequada. Um exemplo disso é a ausência de projetos de lei sobre o tema para alterar o Código Penal vigente, bem como o não andamento do anteprojeto do novo Código Penal, entregue ao Senado em 2012. Este anteprojeto expressamente traz duas novas causas de exclusão da tipicidade do crime de aborto: a hipótese de anencefalia ou outras graves e incuráveis anomalias, e a vontade da gestante de interromper a gestação até a 12ª semana quando não tiver condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Outra situação que reforça o acima exposto é a PEC nº 29/2015, que pretende alterar o art. 5º, *caput*, da Constituição para “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”, o que, poderia fazer com que qualquer caso de aborto provocado, até os casos atualmente permitidos pelo Código Penal, passe a ser considerado crime. Ou seja, enquanto a sociedade clama pela descriminalização, o Congresso, amplamente influenciado pelas chamadas “bancadas religiosas” busca meios de endurecer ainda mais a matéria.

Por conta dessa situação, é crescente o número de demandas judiciais com o intuito de obter a permissão do judiciário para a realização de aborto fora dos casos previstos no Código Penal.

Em um estado democrático de direito, como é o caso do Brasil, cada Poder possui uma atribuição específica e precípua, ainda que possa, de forma atípica, exercer atividade originalmente destinada a outro Poder.

Em diversas situações o Poder Judiciário é chamado para decidir sobre situações que não possuem uma legislação específica ou que exigem uma adequação, como nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712<sup>18</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal mudou sua jurisprudência e entendeu que a lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (lei nº 7.783/89) também se aplica aos servidores públicos, enquanto o Congresso Nacional não editar norma específica sobre o tema.

Essa situação é chamada de ativismo judicial. Embora o ele seja necessário em muitas situações para resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, quase sempre efetivando direitos fundamentais negligenciados pelos Poderes Legislativo e Executivo, o ativismo judicial deve possuir limites para evitar que o Poder Judiciário extrapole em suas decisões e exerça atribuições que constitucionalmente não possui.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Título disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>> Acesso em: 04 jun. 2017.

Um exemplo dessa extrapolação é a decisão do STF proferida no HC 124.306, de relatoria para o acórdão do Ministro Luís Roberto Barroso. Entendeu a Primeira Turma do STF, em suma, os arts. 124 a 126, do Código Penal não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988, devendo ser-lhes conferida interpretação conforme à Constituição para não considerar a interrupção voluntária da gestação, independentemente do diagnóstico de anomalias, como crime<sup>19</sup>:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Apesar de haver fortes argumentos a favor da descriminalização do aborto, é forçoso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal legislou positivamente, em ambos os casos, ao

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124.306. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+124306%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzmm97n>> Acesso em: 04 jun.2017.

descriminalizar de forma genérica uma conduta, quando o legislador, que possui a atribuição constitucional para criminalizar ou descriminalizar condutas, não o fez.

Há, ainda, outro agravante, que é a possibilidade de decisões conflitantes sobre o mesmo tema proferidas pelo Poder Judiciário. Em 2005, por exemplo, um casal obteve uma decisão judicial para interromper a gestação após o diagnóstico da Síndrome de Body Stalk, que, assim como a anencefalia, inviabiliza a vida fora do útero materno.

Quando a gestante estava internada e pronta para realizar o procedimento cirúrgico, tendo sido até medicada para induzir sua dilatação, foi surpreendida por uma liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de Goiás em sede de *habeas corpus*, impetrado por um padre, interrompendo o procedimento, ao argumento de que o casal cometeria um homicídio. Após oito dias de sofrimento, ocorreu o parto e, como previa a medicina, o feto veio a óbito logo após o seu nascimento.

Ainda que o impetrante tenha posteriormente sido condenado na esfera cível a indenizar o casal pelo sofrimento desnecessário que causou, em especial à mulher, não há como negar que houve decisões contraditórias por parte do Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

Não é novidade para a sociedade, principalmente para os operadores do Direito, que as relações sociais mudam em uma velocidade muito maior do que as respectivas normatizações. E não foi diferente com a questão do aborto.

Na época da edição do Código Penal vigente, em 1940, a criminalização do aborto refletia uma sociedade ainda muito ligada a preceitos religiosos, não obstante o Brasil já ser um estado laico. Obviamente essa ligação refletiu nas normas editadas à época.

Como passar dos anos, a sociedade vem amadurecendo cada vez mais a ideia de que a religião não pode servir de norte para a política. Por conta disso, é cada vez mais frequente o questionamento da constitucionalidade de normas dotadas de um viés religioso, como no caso do crime de aborto e do crime de adultério (revogado apenas em 2005).

Não obstante o clamor de grande parcela da sociedade civil para que o Congresso Nacional ao menos debata o assunto, a realidade é que não há a menor perspectiva de mudança nesse ponto a curto ou a médio prazo.

Por conta dessa inércia legislativa, é crescente o número de demandas judiciais requerendo autorização para a interrupção da gestação por conta de má formação fetal que

inviabiliza a vida extrauterina, objetivando enquadrar a conduta da gestante e do médico nas causas de exclusão da ilicitude previstas no art. 128, do Código Penal.

Diante dessa realidade social, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se especificamente para os casos de fetos anencefálicos, na ADPF 54, conferindo, por maioria, interpretação conforme à Constituição para considerar que a antecipação terapêutica do parto nestas circunstâncias estaria abarcada pelas excludentes de ilicitude do crime de aborto.

Com esse permissivo da Suprema Corte, parcela da sociedade civil passou a reivindicar uma interpretação extensiva do entendimento esposado na ADPF 54 para outros casos de má formação fetal, em especial, para os casos de microcefalia.

Considerando, principalmente, que as crianças acometidas pela microcefalia têm perspectiva de vida extrauterina, diferentemente dos fetos acometidos pela anencefalia, permitir a extensão dos efeitos da decisão proferida na ADPF 54 para outros casos de má formação fetal, abriria as portas para a descriminalização do crime de aborto pelo Poder Judiciário, que não é o Poder constitucionalmente competente para tanto.

Dessa forma, em uma fria análise da decisão proferida na ADPF 54, bem como no HC 124.306, o que o Supremo Tribunal Federal fez criar novas causas de excludente de ilicitude para o crime de aborto, legislando positivamente e usurpando atribuição constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo. Pode-se dizer, portanto, que houve um excesso no ativismo judicial.

## 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: 03 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20903%3A medicos-e-juristas-defendem-a-antecipacao-terapeutica-do-parto-&catid=3%3Aportal&Itemid=1](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20903%3A medicos-e-juristas-defendem-a-antecipacao-terapeutica-do-parto-&catid=3%3Aportal&Itemid=1)> Acesso em: 03 jun. 2017.

Supremo Tribunal Federal. HC 124.306. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+124306%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzmm97n>> Acesso em: 04 jun.2017.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão do STF na ADPF 54: não existe crime de aborto de fetos anencéfalos. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decisão do STF sobre aborto de anencéfalo não se aplica a feto com microcefalia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/decisao-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM N° 1.989/2012, de 14 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*, 14 mai. 2012, p. 308 e 309. Acesso em: 03 jun. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial*. V. 2, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*, 10 ed., Niterói: Impetus, 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. C.A (atual.) Nagib Slaibi Filho, Gláucia Carvalho, 22 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.