

IMPOSSIBILIDADE DO ABORTO EM CASOS DE MICROCEFALIA

Gabriel Nunes Rebello¹

Michelle Marie de Souza²

RESUMO

O presente artigo busca analisar de forma sucinta e objetiva, sob o prisma jurídico, a possibilidade ou não da legalização do aborto de fetos diagnosticados com microcefalia no Brasil. Apontar os riscos de sua descriminalização nesses casos, considerando os estudos já existentes, o texto legal vigente, sua ligação com o vírus zika e analisar ante a Constituição Federal de 1988, a legalidade de eventual parecer favorável do STF sobre o tema, tendo em vista que a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) interpôs neste ano Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 5581) cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que versa sobre o tema.

Palavras-chave: Aborto-Microcefalia- Zika Vírus – ADI 5581- Supremo Tribunal Federal

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade discutir-se em nosso país as possibilidades jurídicas em se tornar legal a prática abortiva, debate que, motivado por interesses políticos, científicos, religiosos ou filosóficos, é periodicamente trazido à tona e que geralmente coloca em lados opostos grupos específicos da sociedade que se dividiram nos últimos anos, de maneira genérica, em movimentos “pró-vida” (contra a legalização do aborto) ou “pró-escolha” (a favor da legalização do aborto). Tais grupos, fomentados pela facilidade de acesso aos meios de comunicação, travam verdadeiros embates ideológicos em torno do tema. Como exemplo notório temos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, interposta no ano de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CTNS) que reivindicou, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a descriminalização do aborto (ou interrupção voluntária da gravidez) nos casos de fetos detectados com anencefalia, aprovada pela suprema corte no ano de 2012.

Podem ser ainda citados outros inúmeros episódios que deram ensejo ao embate em torno da legalidade do aborto, mas o que importa dizer é que toda esta cadeia de fatos abriu um perigoso precedente no âmbito jurídico, a fim de que não só os casos de estupro, risco de morte da gestante e feto detectado com anencefalia, sejam legalmente respaldados, mas toda e

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Email: <gaberebello@hotmail.com>.

²Professora do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Especialista em Direito Agroambiental. Pós Graduada em Perícia Criminal. Advogada. Email: <michellemarie_adv@hotmail.com.>

qualquer forma da chamada “interrupção voluntária da gravidez” seja permitida em nosso ordenamento jurídico, sem que se meça com cautela os riscos envolvidos neste delicado processo.

Este desejo desenfreado, por parte de parcelas específicas da sociedade, em tornar legal a conduta criminalmente tipificada como aborto, se tornou mais evidente ante o anúncio de nova proposição junto ao STF de ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental formulada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), que visa entre outros pedidos a legalização do aborto nos casos de microcefalia, que se deve também de forma direta ao surto de zika vírus que assola o Brasil desde o começo deste ano e a suposta relação do vírus com os casos de microcefalia recorrentes, de forma especial, no nordeste do país entre o final do ano de 2015 e início de 2016. Por mais que a discussão seja algo saudável e natural em qualquer sociedade moderna, a problemática está centrada na insegurança científica que existe no que concerne às causas e consequências do zika vírus, inserindo-se neste ponto a falta de estudos sólidos que comprovem sua relação direta com os casos de microcefalia, e o fato de que o pânico gerado pelo surto, foi e está sendo usado por ativistas “pró – escolha” como força motriz de pressão social para que haja uma precipitada legalização do aborto de fetos diagnosticados com microcefalia.

Dessa forma se faz necessária abranger a discussão sobre os reais motivos que levam à esta nova proposta, levando em consideração todas as conclusões observadas acerca da prática do aborto no Brasil, sua conduta criminosa ante os textos legais, seja na esfera constitucional ou penal, o impacto que o tema gera na sociedade brasileira e os efeitos práticos que a legalização do aborto de fetos microcéfalos pode causar no ordenamento jurídico do País.

2 PREVISÃO LEGAL DO ABORTO NO BRASIL E O DIREITO À VIDA DO FETO MICROCÉFALO

2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PROTEÇÃO AO NASCITURO

No Brasil, são hipóteses de aborto legal: a) o aborto necessário e b) o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Tais hipóteses legais estão previstas no art. 128 do Código Penal da seguinte forma:

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 no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 1940).

Além das hipóteses acima citadas, existe através de interpretação extensiva do STF, a possibilidade do aborto no caso de fetos anencefálicos, conforme acórdão:

Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. A C Ó R D Ã O - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, 2012).

Sendo assim, nota-se que são três as hipóteses de aborto legal em nosso ordenamento jurídico atual. No entanto, é evidente na doutrina grande divergência com relação ao tema, tendo em vista versar sobre o principal direito protegido pela constituição federal: O direito à vida. Tal divergência em torno deste direito fundamental se dá pela dificuldade de se definir, mesmo que de um ponto de vista meramente jurídico, onde a vida se inicia e onde ela finda, bem como conceituar tal termo. Tendo em vista essa imensa dificuldade de se alcançar consenso entre os juristas a respeito deste conceito, este não será o único ponto a ser trabalhado na presente pesquisa, o que não significa dizer que será pormenorizado.

Quando se fala em feto microcefálico se fala em vida intrauterina, ou mesmo utilizando uma visão mais extremista, que considera não haver ainda vida humana enquanto esta não se torna extrauterina, não se pode contestar que existe ali, uma perspectiva de vida humana. Isto por quê, diferentemente dos casos de anencefalia, na microcefalia o ser humano portador da anomalia nasce com cérebro, porém com o crânio menor do que considerado padrão (de acordo com dados atualizados da Organização Mundial da Saúde, menor que 32 cm em gestações em condições normais, variando o parâmetro de acordo com a fase gestacional em que nasce a criança e o sexo do bebê) o que restringe o desenvolvimento cerebral. A microcefalia pode afetar os sistemas neurológico, motor e respiratório, causando a depender do caso, problemas como deficiências visuais e auditivas, retardo no desenvolvimento cognitivo, motor e fala, bem como paralisia cerebral e epilepsia, conforme informado pelo Ministério da Saúde no Protocolo de vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou Alterações do Sistema Nervoso Central.

Cabe afirmar que não é possível comparar de maneira análoga a possibilidade do aborto de fetos com anencefalia e a possibilidade de aborto de fetos com microcefalia. Isto por que, a primeira se tornou possível apenas ante o convencimento dos ministros do Supremo de que a sobrevivência dos fetos anencefálicos inexistia ou era ínfima, chegando no máximo a algumas horas de vida extrauterina. No caso em comento, é evidente a possibilidade de vida extrauterina do feto detectado com a anomalia, o que afasta de plano o critério da inviabilidade do feto como argumento permissivo do aborto de fetos microcefálicos.

Sendo assim, por cognição lógica, todo feto microcefálico deve ser considerado um nascituro, pois entendimento em contrário levaria a crer que um natimorto poderia desenvolver as complicações físicas elencadas, o que é impossível, visto que este, para que assim seja caracterizado, nasce sem qualquer evidência vital. Seguindo esta linha de raciocínio, há que se considerar que também que a proteção conferida pela legislação referente aos direitos e garantias do nascituro, alcançam também aqueles diagnosticados com microcefalia, bem como qualquer outra anomalia. Neste sentido, preleciona o artigo 2º do Código Civil: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL. Lei 10.406, 2002). O artigo 9º, parágrafo 7º da Lei n. 9.434-97, também assegura a proteção ao feto, sem qualquer distinção:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

(...)§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto (BRASIL. Lei Federal n. 9.434, 1997).

E os artigos 124 a 126 do Código Penal:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 1940).

Dessa forma, se mostra enraizado em nosso ordenamento jurídico o ideal de proteção não só ao ser humano concebido com vida extrauterina, mas também ao nascituro, ainda que portador da microcefalia.

2.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Não obstante, nossa legislação busca também dar amplo respaldo à proteção da vida e dignidade humana das pessoas com deficiência, onde inclui-se o portador da Microcefalia, conforme pode se observar, primeiramente em nossa Carta Magna, nos seguintes artigos aqui transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

[...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

[...]

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

[...]

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei

[...]

Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

[...]

IV - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

[...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§1º- O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

[...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§2º- A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Deste modo, verifica-se que esta ampla base Constitucional impede iniciativas que tragam risco à dignidade e a vida de seres humanos em virtude de anomalias ou deficiências físicas, tais como a Microcefalia. Isto posto, cabe desde já frisar que não se pode dar espaço na legislação vigente para qualquer tipo de método Eugênico, ou seja, que vise uma suposta purificação da espécie humana, selecionando aqueles que devem ou não viver de acordo com suas características físicas, tais como a proposta de legalização do aborto de fetos microcêfalos, realizada em um dos pedidos da ADI Nº 5581, que será tratada com maior afinco em capítulo posterior.

No mesmo sentido, porém no âmbito do Direito Internacional, o país é signatário de tratado que objetiva assegurar com maior amplitude os direitos às pessoas com deficiência, trata-se da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em vigência interna desde 25 de agosto de 2009, através do Decreto 6.949/09, que deu ensejo à instituição da Lei 13.146/2015.

Esta lei, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, busca conferir maior subsídio à prática dos direitos pelas pessoas com deficiência, conforme seu art. 5º, que preleciona: “Art. 5º - A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante” (BRASIL. Lei Federal n. 13.146, 2015).

Vejamos também o que diz o art. 10 da referida lei:

Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.

Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança (BRASIL. Lei Federal n. 13.146, 2015).

Conforme explicitado acima, compete ao Estado salvaguardar a dignidade do deficiente ao longo de toda sua vida, não cabendo interpretação restritiva de que apenas a vida extrauterina merece proteção do Estado, pois há que se considerar que apesar da existência de diversas correntes doutrinárias a respeito da aquisição de personalidade civil, sendo elas as teorias da personalidade condicional, natalista e concepcionista, esta última é que possui maior coerência quando confrontamos todo o corpo normativo que rege o país.

Isto por quê ao considerar que o nascituro possui personalidade civil desde a concepção (fecundação e formação do ovo ou zigoto), atribuem-se ao nascituro direitos absolutos tais como a curatela (art. 1.779 do Código Civil), ao reconhecimento (art.1.609, Parágrafo único do Código Civil e art. 26 parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como os direito personalíssimos à vida e à saúde.

Sendo assim, seria incoerente, considerar que a titularidade de direitos personalíssimos como o direito a integridade física e o direito a vida dependem da possibilidade de vida extrauterina. Se assim o fosse o ordenamento jurídico brasileiro não concederia, como exemplo notório, ao nascituro o direito a alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/2008), concedidos ao nascituro (representado pela sua mãe) mesmo sem a certeza do “nascimento com vida”, conforme ensinamentos de Flávio Tartuce, crítico da teoria natalista:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária (TARTUCE, 2012, p. 70 – 71).

A teoria da personalidade condicional prega por sua vez que os direitos do nascituro estão condicionados à sua viabilidade extrauterina, que se vier a ocorrer faz com que os direitos até então tidos como potenciais ou eventuais, se tornem plenamente eficazes podendo retroagir ao momento da concepção. No entanto este ideal é também repudiado, pois conforme já explicitado, não são todos os direitos reservados ao nascituro tem sua eficácia plena condicionada ao nascimento com vida. Ocorre que a titularidade de direitos do nascituro já existe desde sua concepção e em alguns casos, estes direitos alcançam sua plenitude a partir da verificação da respiração do recém-nascido. Nestes casos, então (como nos casos do direito a herança e doação) há a condição resolutiva que torna impossível a continuidade do exercício

do direito, esta condição é o nascimento sem vida. Sendo assim, verifica-se que não existe uma condição que suspende a titularidade dos direitos, mas sim uma condição que os extingue em sua totalidade tal qual, ocorre com um ser humano já nascido e que perde seus direitos ao falecer.

Dessa forma, ante os argumentos delineados vê-se, que o feto microcefálico é titular de todos os direitos concernentes a qualquer nascituro, inclusive o direito à vida, independente da anomalia que o assola e detém também o direito à mesma proteção estatal que o ordenamento jurídico nacional confere às pessoas com deficiência que já possuem vida fora do ventre materno, o que torna impossível a permissão legal da prática abortiva com relação a estes fetos, conforme pleiteado em um dos pedidos de ação que tramita perante o STF, e que será tratada no capítulo seguinte.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CUMULADA COM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADI Nº5581)

3.1 – SÍNTESE DA AÇÃO

No segundo semestre deste ano, foi protocolada pela ANADEP, junto ao STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ação discute pontos relativos a Lei Federal Nº 13.301/16 bem como outros atos administrativos do poder público que buscam combater o Zika Vírus e detectar casos de Microcefalia. Neste sentido entre os vários pedidos atinentes ao processo, serão destacados e discutidos aqui apenas aqueles que dão ensejo a legalização do aborto de fetos microcêfalos, bem como qualquer nascituro cuja genitora tenha sido infectada pelo vírus zika, conforme se verifica a seguir, primeiramente em pedido cautelar/liminar, *ipsis litteris*:

Nos termos do art. 10, § 3º, da Lei Federal nº. 9868/99 e do art. 5º § 1º Lei nº. 9.882/99, pois há extrema urgência (situação de epidemia do vírus zika) e perigo de lesão grave (contaminação diária de pessoas pelo vírus zika), requer a concessão das seguintes medidas liminares e cautelares ad referendum do Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal e sem a oitiva das autoridades que promoveram os atos comissivos e omissivos:

[...]

b) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a concessão de liminar também é possível. como assinalam Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, tal qual foi feito nas ADPFs nº 10 e 130, requerendo-se:

[...]

b.4) a interpretação conforme a Constituição é medida hábil à garantia de tais preceitos fundamentais, a) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou; b) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art.128, I e II, do Código Penal julgando

constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts.23, I, e 24 do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez, e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante pelo vírus Zika, até o julgamento definitivo (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS apud ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº5581, 2016, P.24-26).

E também nos pedidos de mérito definitivos:

e) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, requer-se a procedência nos seguintes termos:

[...] e.4) a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124,126 e 128 do Código Penal e 4.1) declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126, do Código Penal ou; e.4.2) sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal, julgando constitucional a interrupção da gestação da mulher que comprovadamente tiver sido infectada pelo vírus Zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica (art.128, CP) ou de justificação genérica (arts. 23, I e 24, CP), as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver diagnóstico clínico ou laboratorial de infecção da gestante pelo vírus zika (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS apud ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº5581, 2016, p. 16 -17).

Ante o exposto, verifica-se tanto nos pedidos liminares quanto nos pedidos definitivos, a mesma base argumentativa, que se resume nos seguintes tópicos: Permissão legal do aborto a qualquer gestante detectada com o zika vírus resposta à ineficácia do Estado brasileiro no combate à epidemia do referido vírus, havendo assim configuração do estado de necessidade e perigo atual de dano à saúde (justificação genérica para realização do aborto); legalização do aborto devido aos efeitos do vírus que geram, além de potenciais anomalias congênicas ao nascituro, potencial sofrimento psicológico e físico a genitora, equiparados aos casos tutelados pelo art. 128 incisos I e II do Código Penal (hipóteses de justificação específica para realização legal do aborto).

Dessa forma serão analisados e contestados a seguir os principais argumentos utilizados para fundamentar os pedidos elencados.

3.2 ABORTO COMO RESPOSTA À INEFICÁCIA ESTATAL NA CONTENÇÃO DO ZIKA VÍRUS

É no mínimo desonesta a afirmação de que a legalização do aborto em casos de microcefalia se trata estritamente de uma resposta contra a ineficiência do Estado em Combater o surto do Zika Vírus. Pelo contrário, ao se autorizar o aborto nestes casos dá-se ao Estado um “atestado de isenção de responsabilidade” sobre as vidas da mãe e do feto. Isto, pois toda a responsabilidade que o Estado supostamente não teve para controlar a epidemia, seria supostamente “sanada” pela carta branca dada à genitora que optaria ou não pelo aborto. Porém o que não se observa é que esta “solução” geraria uma nova responsabilidade, que desta vez cairia com toda carga sobre os ombros da genitora da criança, que realizando o aborto, a mesma suportaria sozinha todo e qualquer trauma psicológico e físico causado devido ao procedimento, sem que o Estado tivesse a obrigação de dar qualquer respaldo pelas potenciais consequências negativas de um ato deliberado da mãe.

Concomitantemente, o Estado estaria literalmente “lavando suas mãos” no que se refere à vida do nascituro, isentando-se de qualquer responsabilidade sobre a destruição de, ao menos, “sua potencial” vida, ainda que preservá-la seja garantido constitucionalmente como um dever do Estado Brasileiro, conforme já demonstrado nos capítulos anteriores. De outro bordo, facultando a genitora por conceber a criança com microcefalia, estaria o Estado mais uma vez isento de qualquer responsabilidade pelos cuidados e crescimento saudável da criança com microcefalia, já que a opção pela concepção desta, se trataria de um ato de livre vontade da mãe, que poderia hipoteticamente optar pelo aborto, sendo novamente ferida uma garantia Constitucional e novamente recaindo toda obrigação sobre a genitora.

Neste sentido é louvável o pedido (feito tanto em caráter cautelar quanto definitivo), contido na ADI Nº 5581, que busca dar subsídios às genitoras para que criem os filhos portadores da microcefalia, conforme se denota:

a) na Ação Direta de Inconstitucionalidade, requer-se:

a.1) interpretação conforme a Constituição do art. 18. Caput, Lei Federal nº 13.301/2016. para o afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício de prestação continuada e a sua concessão para vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika, sendo desnecessária a comprovação da situação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância e reconhecendo a comprovação da sequela neurológica por meio de declaração/atestado de profissional médico, sendo dispensada a realização de perícia pelo instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

a.2) e o afastamento do óbice para o pagamento cumulativo do mesmo benefício com o salário-maternidade com a suspensão do art. 18º, § 2º, Lei Federal nº. 13.301/2016;

a.3) a interpretação conforme do art. 18. §3º, Lei Federal nº. 13.301/2016 para fins de garantir o salário maternidade de 180 dias, no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do Zika.

b) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a concessão de liminar também é possível. como assinalam Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, tal qual foi feito nas ADPFs nº 10 e 130, requerendo-se:

b.i) a determinação ao Poder Público Nacional e, especialmente, ao Executivo Federal para garantir a realização de Estimulação Precoce (Auditiva, Física, Intelectual, Visual, Ostomia e em múltiplas deficiências) em Centros Especializados em Reabilitação (CERs) em distância de até 50 km da residência do grupo familiar com criança com microcefalia e outras sequelas no sistema nervoso central causadas pela síndrome congênita do zika, além do pagamento de tratamento fora de domicílio (TFD) para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km, além do reconhecimento da obrigação de haver médicos capacitados para o diagnóstico clínico de infecção pelo vírus zika e de tornar imediatamente acessíveis nas unidades do SUS os exames de PCR e sorológicos (IGM e IGG) para detecção da infecção (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS apud ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Ação Direta De Inconstitucionalidade Nº5581, 2016, P. 13-14).

Porém deve-se ter em conta que este é um dos poucos pontos positivos da referida ação, que apresenta argumentos e pedidos no mínimo incontroversos. Enquanto se busca no pedido citado acima, a valorização da vida da pessoa com deficiência decorrente da epidemia de zika vírus, exigindo a intervenção estatal na vida da mãe e sua prole para que sejam garantidos os deveres de proteção do direito à vida, à dignidade e à saúde, em outro viés se faz o pedido para que o Supremo reconheça a legalidade do aborto promovido pela gestante infectada pelo vírus zika, contradizendo argumentos e ignorando os direitos resguardados no pedido anteriormente citado.

Sendo assim, a legalização do aborto nos casos de microcefalia traria mais problemas do que soluções propriamente ditas, pois analisando-se a problemática da responsabilidade estatal quanto à saúde pública, verifica-se que a solução mais acertada seria a criação de mecanismos que permitissem à genitora obter todo auxílio pré-natal para a concepção do nascituro, e que suprisse as necessidades básicas e especiais da pessoa com Microcefalia (e qualquer outra má formação congênita comprovadamente causada pelo zika vírus), garantindo assim todos os direitos constitucionalmente previstos, responsabilizando o Estado por sua eventual falha na saúde pública e garantindo à mãe, sua integridade psicológica e física, bem como o respaldo para a subsistência e crescimento saudável de seu filho.

3.3 INCERTEZA CIENTÍFICA E O ABORTO EUGÊNICO

Apesar da comprovação científica da existência de relação entre o zika vírus e a Microcefalia, não se pode negar que o vírus é apenas um dos fatores que contribuem para a má formação congênita do cérebro do feto contaminado, conforme oficialmente informado pelo Ministério da Saúde no Protocolo de Vigilância e Resposta à ocorrência de Microcefalia e/ou Alterações do Sistema Nervoso Central (SNC):

Sabe-se que as malformações congênitas, dentre elas a microcefalia, têm etiologia complexa e multifatorial, podendo ocorrer em decorrência de processos infecciosos durante a gestação. As evidências disponíveis até o momento indicam fortemente que o vírus Zika está relacionado à ocorrência de microcefalias. No entanto, não há como afirmar que a presença do vírus Zika durante a gestação leva, inevitavelmente, ao desenvolvimento de microcefalia no feto. A exemplo de outras infecções congênitas, o desenvolvimento dessas anomalias depende de diferentes fatores, que podem estar relacionados à carga viral, fatores do hospedeiro, momento da infecção ou presença de outros fatores e condições desconhecidos até o momento. Por isso, é fundamental continuar os estudos para descrever melhor a história natural dessa doença (BRASIL. Ministério Da Saúde. Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência De Microcefalia e/ou Alterações do Sistema Nervoso Central. 2016. P. 12).

Além do mais há ainda muita incerteza a respeito das consequências do zika vírus conforme admitido pelos autores na petição inicial da ação aqui contestada:

Por sua vez, a síndrome congênita do zika pode em outras situações, apesar de não produzir a morte do embrião, do feto ou recém-nascido, causar danos neurológicos e impedimentos corporais permanentes e severos. Em verdade, todos os efeitos nocivos causados por essa infecção ainda não são conhecidos pela literatura médica e científica, porém já se sabe que muitas crianças terão capacidades de desenvolvimento livre e autônomo substancialmente diminuídas, sendo dependentes de cuidados permanentes e tratamentos médicos contínuos para os mais sutis progressos. Entre as questões científicas ainda sem resposta está também a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika: não se sabe ainda em quantos e quais casos de mulheres infectadas ocorrerá a transmissão vertical e o desenvolvimento da síndrome congênita do zika. Também não se sabe por quanto tempo o vírus permanece ativo nos corpos das mulheres infectadas para o risco de transmissão vertical em uma futura gravidez. Essa situação de incertezas provocadas pela epidemia sujeita mulheres grávidas a potencial sofrimento psicológico intenso (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS apud ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5581, 2016, pág.47).

Ora, não há sequer certeza científica de que o vírus é o único ou ao menos o principal causador da deficiência, como então se pode autorizar legalmente que a interrupção da gravidez de um feto com microcefalia seja feita sob o esteio de que tal má formação se trata de uma consequência natural do surto daquela doença? É ilógico se aceitar tal medida ante este contexto. Mesmo no direito ambiental não são permitidas atividades potencialmente catastróficas para o meio ambiente sejam realizadas por padecerem de certeza/segurança científica (de acordo com o princípio da precaução), por que motivo deve-se abrir uma brecha na legislação Penal/Constitucional para que uma atividade potencialmente homicida seja realizada, mesmo padecendo de segurança/certeza científica quanto aos seus fundamentos? Na verdade o que se nota é a tentativa de utilizar o medo social causado pelo desconhecimento das reais consequências da doença ZIKA e a incidência de casos de Microcefalia detectados no mesmo período do surto, como pretexto de aceitação jurídica-social do aborto eugênico no País.

Ainda assim mesmo que se comprovasse que de fato o surto do zika vírus é o principal responsável pelos casos de Microcefalia, não há se falar em aborto eugênico como solução. Ao permitir que fetos microcéfalos sejam subjugados a vontade das genitoras, o Estado se exime da responsabilidade de garantir os direitos ao nascituro, e o que é mais vil, por conta de sua deficiência física. Frisa-se aqui que o ordenamento jurídico Brasileiro não pode permitir que fetos que possuem expectativa de vida sejam subjugados por conta de problemas físicos, pois seres humanos não são descartáveis.

Conforme já citado, é claro no argumento daqueles que são favoráveis a procedência do pedido de legalização do aborto de fetos cujas mães tenham sido infectadas pelo zika vírus, a natureza eugênica de seu ideal, pois mesmo sabendo que há possibilidade vida nos fetos com microcefalia, utiliza-se a deficiência do portador como causa legal do aborto. Isto é eugenia, e o aborto eugênico é repellido pelo nossa legislação penal conforme afirma Edgard Magalhães Noronha:

Não admite ela a cessação da gestação, no caso de possível deformidade da criatura que está para nascer, e convenhamos que a autorização, nesse caso, não deixaria de ser perigosa. Por identidade de razão, deveria ela ser estendida a outras hipóteses, como doença infecciosa da gestante, que podem produzir consequências danosas para o feto. A admissibilidade se tornaria ampla e por isso mesmo perigosa: acabaria por degenerar, tornando a exceção regra. Cumpre notar igualmente a falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá fatalidade do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada. Caso contrário, aberta estaria também a porta para a eutanásia ou homicídio compassivo, que é repellido pelas leis. (NORONHA, 1960, p.64).

Além do mais, cabe reafirmar que no Direito Brasileiro a forma humana não é exigida como pressuposto para que o nascituro adquira direitos, tendo em vista que a personalidade civil se inicia desde a concepção, conforme já demonstrado. Ou seja, não são critérios para que lhes sejam negados os direitos a vida e a dignidade humana (direitos fundamentais norteadores de nossa legislação pátria) as deformidades ou deficiências que o indivíduo, ainda que em fase gestacional, venha a apresentar.

Concluindo, não há motivos para considerar o aborto de fetos cujas genitoras estiverem infectadas pelo zika vírus como medida justificada pelo Estado de Necessidade (arts. 23,I e 24 do Código Penal), tendo em vista que quem vier a praticá-lo não estará se salvando da infecção do Zika Vírus (perigo atual), mas apenas ceifará uma vida de forma precoce.

3.4 JUSTIFICAÇÃO ESPECÍFICA E DIREITOS DA MULHER GESTANTE

O parecer emitido pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, traz ainda a seguinte argumentação com relação aos pedidos ANADEP na ADI nº5581:

O primeiro fundamento é o de aplicação analógica do art.128, I, do Código Penal. Há estado de incerteza. Todos os efeitos nocivos causados pela infecção ainda não são conhecidos pela literatura científica. [...] Segue argumentando a autora, por via analógica, que se poderia alargar o conteúdo da causa de justificação para tutelar a saúde física e psíquica da gestante.

O segundo fundamento seria aplicação analógica do art. 128,II, do Código Penal. A autorização legal para a interrupção de gravidez em caso de estupro visa a proteger a mulher em estado de evidente e excepcional sofrimento e desamparo (o chamado aborto humanitário ou ético). Idêntico nível de desamparo e sofrimento estaria presente no caso de infecção pelo vírus zica, situação que resulta de falha do poder público. A interrupção da gestação no caso de infecção por zica também seria o aborto ético ou humanitário, na medida em que protegeria a mulher que sofre por ato omissivo do estado.[...]

O quarto fundamento estaria na afronta aos preceitos constitucionais fundamentais da dignidade humana (art.1º,III), da liberdade (autodeterminação pessoal e autonomia reprodutiva) e da proteção à integridade física e psicológica (art.5º, *caput*), da saúde e dos direitos reprodutivos da mulher (art. 6º e 226,§ 7º). (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581 2016, p.37).

A mulher gestante é sim detentora dos direitos prelecionados. No entanto mesmo que se considere não haver hierarquia de direitos fundamentais, não se pode ignorar os direitos garantidos ao nascituro em virtude dos direitos da gestante, ambos são sujeitos de direitos e merecem o devido respeito normativo. Para tanto, deve ser feita uma interpretação comedida das normas que lhes fazem jus.

Com relação à interpretação analógica ao inciso I, do art. 28, que trata do aborto necessário, cumpre dizer que carece de lógica pois conforme já demonstrado, a interrupção da gravidez de fetos microcefálicos e quaisquer outros que tenham ligação com o zika vírus, não trazem inevitavelmente risco à vida da gestante, bem como, se realizado o aborto, não há uma “desinfecção” da mãe. Neste caso, tanto o feto quanto sua genitora são vítimas do vírus, livrar-se do feto, não significa livrar-se do vírus, sendo assim é insustentável dizer que tal resolução protegeria a saúde física da mulher. Quanto à sua saúde psíquica, não se pode ignorar que o aborto quando realizado, também traz graves consequências psicológicas à mãe, sendo incoerente dizer que o ato assegurado pelo Estado coibiria os sofrimentos causados à psique da gestante, o que torna inconcebível a referida alegação.

A interpretação analógica ao inciso II deve ser refutada pelo simples fato de que tal dispositivo trata especificamente de casos de estupro, onde a mulher é forçada a ter conjunção carnal e em decorrência do ato sexual há a concepção indesejada. Não faz sentido comparar a suposta emissividade Estatal com o crime de estupro, são situações extremamente distintas.

Cabe reafirmar, que o desespero e sofrimento causado pela situação da gravidez do feto microcefálico, não se resolve com o aborto deste, e sim com o amparo à vida e saúde da gestante e seu filho, que deve ser garantido pelo Estado, conforme já explanado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caberia ainda discorrer sobre impossibilidade do STF de atuar como legislador positivo ante os pedidos formulados na ADI Nº 5581, bem como a ilegitimidade ativa da ANADEP para postular a ação conforme asseveraram a Advocacia Geral da União e a Procuradoria-Geral da República em seus pareceres, no entanto tais questões de caráter meramente processual precisariam de maior espaço para discussão, optando-se no presente artigo pela elucidação de questões de direito material relativas ao tema.

Sendo assim, é necessário que se entenda também que a genitora que gesta o filho em seu útero não é proprietária do mesmo, pois este não é um objeto e sendo assim, aquela não pode dispor deste do modo que bem entender ou melhor lhe convier em nome de sua autodeterminação ou autonomia reprodutiva. Mesmo valendo-se de uma visão mais radical, onde se considera o feto como parte da mulher e não como um corpo dentro de outro, os genitores não podem se isentar da responsabilidade penal que incide sobre sua autonomia de vontade. Exemplificando: Se uma pessoa qualquer, por mais que possua a livre e consciente vontade de vir a óbito ou mesmo retirar uma parte de seu corpo, não pode obrigar outro sujeito a realizar um homicídio ou a grave lesão, sem que este segundo agente seja indiciado pelos referidos crimes. Ou seja a autonomia ou autodeterminação por si só não repele a responsabilidade penal que incide sobre o ato ilícito. Sendo assim pergunto: Se mesmo na realização de ato que fere a integridade física ou sua vida, a autodeterminação não impede a imputabilidade penal do agente causador, porque motivo esta mesma autodeterminação deve ser motivo justificante de dano causado à vida de outro ser (feto microcefálico)? A autonomia reprodutiva existe a partir do momento em que o casal, de forma consensual decide pelo ato sexual.

A concepção do feto marca apenas o início da responsabilidade de ambos como genitores, que conjuntamente com o Estado tem o dever de, desde o período gestacional, assegurar ao filho o direito à vida, dignidade, educação, saúde etc, constituindo assim o aborto uma “válvula de escape”, que afasta tais responsabilidades desconsiderando totalmente quaisquer direitos do nascituro. Quando realizado pelo fato deste possuir algum tipo de anomalia, tal como a microcefalia, esta “saída” se torna ainda mais covarde e imersa em preconceitos, o que não pode ser tolerado pela nossa jurisdição quando se busca um Estado

Democrático Direito pautado pelos direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, E. E. de S. **O direito de vir a ser após o nascimento**. Porto Alegre: Ed. DIPUCRS, 2000.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/36030134>>. Acesso em 18 de outubro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de maio de 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9436 de 4 de Fevereiro de 1997**. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

BRASIL. Ministério Da Saúde. **Protocolo de vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou Alterações do Sistema Nervoso Central**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/wp-content/uploads/2016/03/Protocolo-de-Vigilancia-sobre-microcefalia.pdf>>. Acesso em 11 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, v.2. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, G.E.; FRANÇA, G.V.A; OLIVEIRA, W.K. de. **Boletim Epidemiológico: Situação epidemiológica de ocorrência de microcefalias no Brasil**, 2015. Disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/novembro/19/Microcefalia-bol-final.pdf>>. Acesso em 7 de Abril de 2016.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil interpretado**. 3ª Ed. São Paulo: Manole, 2010.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.

GUEIRA, P. L. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: parte especial**, V.2. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**. Disponível em: <<http://d2fl7dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/parecer-janot.pdf>> Acesso em: 17 de Outubro de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012.