



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADÉ
REDE DE ENSINO DOCTUM



BRUNA FONSECA MORAIS

**AUTORIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO EM CASOS DE FETOS
PORTADORES DE MICROCEFALIA ORIUNDA DO ZIKA VÍRUS**

João Monlevade
2016

BRUNA FONSECA MORAIS

**AUTORIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO EM CASOS DE FETOS
PORTADORES DE MICROCEFALIA ORIUNDA DO ZIKA VÍRUS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito
Constitucional**

**Orientadora: Msc. Renata Martins de
Souza**

João Monlevade

2016

BRUNA FONSECA MORAIS

**AUTORIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO EM CASOS DE FETOS
PORTADORES DE MICROCEFALIA ORIUNDA DO ZIKA VÍRUS**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2016.**

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2016.

.....
MSc, Renata Martins de Souza
Prof. Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Profª TCC II

.....
Elivânia Felícia Braz
Prof. Avaliador (a)

.....
Msc. Alberto Gomes Vieira
Prof. Avaliador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem a Sua presença eu não chegaria até aqui.

À minha orientadora, Renata Martins, pela paciência, dedicação e por ser luz para o meu caminho na conclusão deste trabalho.

Aos meus pais por todo incentivo e aos colegas de classe, pelo apoio e cumplicidade.

“Consagre ao Senhor tudo o que faz, e os seus planos serão sucedidos.”

Provérbios 16:3

RESUMO

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso tem como objetivo oferecer uma visão geral a respeito da possibilidade do aborto em casos de microcefalia. Para tanto, serão abordados os princípios e direitos basilares garantidos em nossa Constituição Federal, bem como a legislação dispensada ao aborto no país, o reconhecimento da possibilidade do aborto em casis de fetos anencéfalos, através da ADPF nº54, e por fim, retratar sobre a microcefalia, em especial nos casos da epidemia do vírus zika. Trata-se de um assunto atual, polêmico, com grande repercussão em toda sociedade e principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que levanta um embate entre o diagnóstico de má-formação fetal, o direito à vida do feto, e a proibição da interrupção da gestação, que conseqüentemente acaba ferindo o direito de escolha da gestante em continuar ou não com a sua gestação, bem como a sua dignidade. Ademais, importante fazer a ressalva acerca da relevância de tal pesquisa, já que considera-se a autorização de aborto em casos de fetos portadores de microcefalia como um grande desafio a ser encarado e estudado pelos nossos operadores do direito, dentro do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Aborto. Microcefalia. Vida. Autonomia da gestante. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This course completion monograph aims to provide an overview of the possibility of abortion in cases of microcephaly. The basic principles and rights guaranteed in our Federal Constitution, as well as the abortion legislation in the country, the recognition of the possibility of abortion in cases of anencephalic fetuses, through ADPF n°54, and finally, a description of microcephaly, Especially in the cases of the zika virus epidemic. This is a current issue, controversial, with great repercussion in all society and especially in the Brazilian legal system, since it raises a clash between the diagnosis of fetal malformation, but that guarantees the right to life to the fetus, and The prohibition of the interruption of gestation, which consequently ends up hurting the right of choice of the pregnant woman to continue or not with its gestation, as well as its dignity. In addition, it is important to make a reservation about the relevance of such research, since it is considered that the authorization of abortion in cases of fetuses with microcephaly as a great challenge to be faced and studied by our jurors and mainly by the rule of law.

Keywords: Abortion. Microcephaly. Life. Autonomy of the pregnant woman. Dignity of human person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
ART	Artigo
C/C	Código Civil
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988
CP	Código Penal
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
OMS	Organização Mundial de Saúde

Sumário

1	INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
2	DO DIREITO À VIDA.....	11
2.1	Início da vida e direito de personalidade	12
2.2	Teoria natalista.....	12
2.3	Teoria da personalidade condicional.....	13
2.4	Teoria concepcionista	13
3	DA DIGNIDADE DA GESTANTE E DA SUA AUTONOMIA DA VONTADE.....	16
4	DO CASO PERRUCHE – O DIREITO DE NÃO NASCER.....	19
5	DO TRATAMENTO LEGAL DISPENSADO AO ABORTO NO BRASIL	22
6	DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO	25
6.1	Da anencefalia.....	25
6.2	Da ausência do bem jurídico protegido, da tipicidade material na Interrupção da gestação de fetos anencéfalos.....	26
6.3	Dos riscos à vida da gestante.....	28
6.4	Da APDF nº 54	29
7	MICROCEFALIA E DA POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM TA L HIPOTESE.....	32
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade do aborto em casos de fetos portadores de microcefalia oriunda do zika vírus, o que implicou em necessária abordagem de direitos relacionados ao tema, proclamados e considerados basilares em nossa Carta Magna.

Para melhor entendimento, é importante saber que a microcefalia é considerada uma má formação do crânio em que a sua circunferência é menor que o considerado normal para a idade do feto ou da criança.

Crianças com Microcefalia podem sofrer diversas alterações motoras e neurológicas. Em geral, podem apresentar os seguintes comprometimentos: Atraso no desenvolvimento neuropsicomotor e da fala, Déficit intelectual, Paralisia, Convulsões, Epilepsia, Autismo, Rigidez dos músculos, Distorções faciais, Nanismo e Baixa estatura, Perda de audição, Problemas de visão ou Dificuldade em engolir. Por conta disso, surge o debate acerca da interrupção da gravidez em tais casos.

Além de dissertar sobre o direito à vida, o trabalho também irá versar acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, além da autonomia e do direito de liberdade de escolha da gestante em prosseguir ou não com a sua gestação nos casos em que restar constatado que o feto é portador de microcefalia severa.

Neste ponto, importante é destacar que apesar de o Brasil considerar criminosa a prática abortiva (O Código Penal de 1940, prevê apenas duas hipóteses em que o aborto não é punido, quais sejam, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro), houve decisão inédita do Supremo Tribunal Federal (STF) que fez prevalecer a liberdade das gestantes de fetos anencéfalos que possuam o desejo de interromper a gestação. Aliás, sobre tal aspecto, importante dizer que tal decisão foi ao longo da pesquisa abordada com mais detalhes, dada a possibilidade de sua incidência, por analogia, aos casos de fetos portadores de microcefalia severa.

Para elucidação do tema ora abordado, ainda será feita menção ao conceito de aborto, dos seus tipos, seus precedentes históricos e sua história no ordenamento brasileiro.

Para melhor análise e consolidação do tema abordado, foram estudadas as contribuições científicas encontradas em obras de Diniz (2011), Lenza(2012), Gonçalves (2011) e demais autores,

Partindo dessa problemática, explanou-se durante o decorrer do presente trabalho acerca das posições doutrinárias e jurisprudências que se ocupam do tema em debate.

O presente estudo possui enorme relevância, uma vez que se trata de tema bastante atual e polêmico, envolvendo debate de caráter Constitucional e Penal de grande valia.

2 DO DIREITO À VIDA

A princípio, faz-se necessário entender que a nossa Constituição Federal, buscou garantir o direito inviolável à vida, considerando-o ainda como o direito essencial, impossibilitando assim, a realização do aborto.

Desta forma, no que tange ao Direito à vida, Lenza (2012, p. 970), versa que: “o direito à vida, previsto de forma genérica no art.5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Já Moraes (2014, p. 34) afirma que:

A Constituição Federal garante que 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. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Fazendo análise do referido direito, versa a doutrinadora Diniz (2011 p.45 - 47):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘erga omnes’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer [...].

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é um concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de um pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir o aperfeiçoamento pessoal. [...].

A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes [...].

Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana.

Importante dizer que o direito à vida não está garantido somente no artigo 5º da Constituição, uma vez que o Brasil assinou o acordo internacional, conhecido como

Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º, prevê que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 678/1992.

Portanto, não restam dúvidas que o nosso Ordenamento Jurídico buscou garantir o direito inviolável à vida, considerando-o ainda como direito fundamental indisponível, sendo este necessário para dar suporte aos demais Direitos.

Versando sobre o referido direito, faz-se necessário abarcar sobre as teorias que tratam do início da vida e do direito de personalidade, buscando em nossa legislação a proteção ao nascituro.

2.1 Início da vida e direito de personalidade

Segundo a doutrina e a jurisprudência, no Brasil ainda não se pacificou o momento exato em que a vida se inicia, existindo diversas teorias abordando a temática, sendo estas: Natalista, Da Personalidade Condicional e a Concepcionista, as quais serão vistas a seguir.

2.2 Teoria natalista

A teoria natalista define que somente após o nascimento com vida que seria possível a aquisição de personalidade, tratando o nascituro como mera expectativa de vida.

Explicando o que vem a ser a teoria natalista, dispõe Gonçalves (2007, p.79):

A teoria natalista exige o nascimento com vida para ter início a personalidade. Antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascer com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses retroage ao momento de sua concepção.

Muitas são as críticas à mencionada teoria. Afirma-se, por exemplo, que, entendendo que o nascituro não é uma pessoa, admite-se a referida teoria que deve ser tratado com uma coisa; olvida-se, ainda, de que há, no Código Civil, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade

Entendimento de Tartuce (2016, p.76):

A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do direito civil brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o código civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Como adpetos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei que dispõe a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é uma pessoa.

Portanto, para os adeptos da referida teoria, o marco em que se inicia a personalidade é considerado a partir do nascimento com vida.

2.3 Teoria da personalidade condicional

Esta teoria abarca que os nascituros são detentores de direitos, contudo, tais direitos se encontram em estado potencial, ou seja, sob condição suspensiva.

De acordo com Tartuce (2016, p.76), a teoria da personalidade condicional:

É aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.

Já Gonçalves (2006 p.82) escreve que:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o embrião, concebido in vitro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se não ocorrer nenhum direito patrimonial terá

Portanto, segundo a teoria da personalidade condicional, existe para o feto somente uma expectativa de vida humana, assim, o nascituro não teria direitos efetivos, mas somente direitos eventuais sob condição suspensiva.

2.4 TEORIA CONCEPCIONISTA

Quanto à teoria concepcionista, diz Gonçalves (2007, p.82):

A constatação de que a proteção de certos direitos do nascituro encontra,

na legislação atual, pronto atendimento antes mesmo do nascimento levamos a aceitar as argutas ponderações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.

Já Moraes (2014, p. 34):

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe. Sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.

Ainda sobre a referida teoria versa Tratućce¹:

Para todos esses autores, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção. Quanto à Professora Maria Helena Diniz, há que se fazer um aparte, pois alguns autores a colocam como seguidora da tese natalista, o que não é verdade. A renomada doutrinadora, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material. A *personalidade jurídica formal* seria aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção; enquanto que a *personalidade jurídica material* manteria relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida. Mais à frente, a jurista diz que a razão está com a *teoria concepcionista*, filiando-se, portanto, a essa corrente

Trata-se de uma moderna teoria, influenciada pelo direito francês, que garante ao nascituro a personalidade jurídica desde a sua concepção, e que para tanto, deve ser reconhecido como sujeito de direito.

Sendo assim, de acordo com esta teoria, podemos considerar que o marco inicial do direito de personalidade é a sua concepção, e não mais o nascimento com vida, como era especificado na teoria natalista.

Apesar do debate, afirma-se que em razão do disposto no art. 2º Código Civil Brasileiro (CC/2002), no Brasil, a personalidade civil da pessoa inicia a partir do

¹Tartuce, Flávio **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**¹ Disponível em www.flaviotartuce.adv.br/assets/.../201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc/Acesso em: 15 nov. 2016.

nascimento com vida, contudo, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim, aquele que nasce se separa do corpo da mãe e passa a respirar sozinho, adquire personalidade e, portanto, direitos na esfera civil.

3 DA DIGNIDADE DA GESTANTE E DA SUA AUTONOMIA DA VONTADE

Contrariando o argumento de que a vida é um bem indisponível e, na realidade, não pertence a uma ou outra pessoa e sim à própria humanidade, que a administra de acordo com os preceitos da dignidade humana, muitos doutrinadores defendem a possibilidade de realização do aborto, tomando por fundamento a dignidade e a autonomia da vontade da gestante.

Como é sabido, a nossa Carta Magna, em seu artigo art.1º, inciso III tratou de versar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é considerado de extrema relevância, uma vez que serve de base para a interpretação e aplicação da norma jurídica.

Assim, vejamos o que dispõe o texto da lei:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.(BRASIL,1988)

Acerca da dignidade da pessoa humana ²:

Compreender a dignidade da pessoa humana abarca uma séria discussão no campo das ideias na esfera jurídica constitucional e no campo de todas as relações na esfera do direito infraconstitucional inclusive, além de outras repercussões de pleno desenvolvimento da pessoa na perspectiva física, emocional, intelectual e psíquica.

Com a ideia de dignidade originando uma nova perspectiva capaz de garantir a felicidade e a busca da plenitude, torna-se indispensável que seja observado o princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica da perspectiva dos direitos da personalidade [...]

A vida digna é, então, aquela em que estão presentes os valores essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa, próprios para as suas necessidades, aptos para as suas características, identificados e individualizados de forma a satisfazer o seu titular.(PEZELLA apud LEVY (2012. p.223)

²Pezzela, Maria Cistina Cereser. O código civil na perspectiva da história. 2. Ed. rev e ampl. Porto Alegre Livraria Advogado, 2006

Sobre este princípio, é importante ressaltar³:

O princípio da dignidade da pessoa humana garante essencialmente o reconhecimento do homem como seu superior, criador e medida de todas as coisas. A sua liberdade como valor prioritário é instância fundadora do direito, e a preservação dos direitos humanos, naturais e inatos é condição imprescindível da instituição da sociedade e do Estado democrático. AWAD apud SOUZA (2015. p.88)

Apesar de ser reconhecida como um dos princípios de nossa Constituição, por vezes, a substituição da autonomia individual pela intervenção do Estado pode, resultar em verdadeira violação da dignidade que se pretendia proteger.

No que tange à antecipação terapêutica do parto em caso de anomalia fetal, defende Souza (2015, p.88-89):

Dessa forma, não há que se falar, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, em um conflito entre direitos assegurados ao feto e a liberdade e autonomia da gestante, haja vista que, estando judicialmente morto, infere-se que não cabem ao nanimorto direitos reservados ao nascituro. Logo, a antecipação terapêutica do parto em caso de anomalia fetal, como é o caso da acrania com exencefalia e da anencefalia, não fere o princípio da inviolabilidade do direito à vida, assegurado pelo artigo 5º da CRFB/1998.[...]

A antecipação terapêutica da gravidez não fere preceito constitucional. Todavia, fortalece o princípio da dignidade da pessoa humana, ao garantir a privação de um sofrimento maior diante da iminente morte do feto, às gestantes que assim o desejar.

No mesmo sentido, argumentando que merece a gestante ser respeitada na tomada de sua decisão, vejamos o que dispõe Franco (2005, p. 410), ao versar sobre a questão do aborto nos casos de anencefalia:

É evidente que a manifestação da vontade da mãe, portadora de feto anencefalo, no sentido de por fim à sua gravidez, não pode ser imposta por ninguém, muito menos pelo Estado. Isso significa que cada mulher, no exercício de seu direito de liberdade e de sua autonomia de vontade, pode desde que devidamente informada, adotar qualquer direção. Tanto pode legitimamente optar pela expulsão do anencefalo como pode querer levar a gravidez a termo. Do ponto de vista ético, uma e outra hipótese merecem respeito. O que não pode ser admitido, é que o Estado, a qualquer título, possa impedir à mulher o exercício do seu direito de opção.

A antropóloga Débora Diniz, em audiência pública promovida pelo STF, ao defender o direito de escolha da mulher, afirma⁴:

³Awad, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana Revista Justiça do Direito Paraná v.20, nº01, p.115 2006

⁴Disponível em <<http://emporioidireito.com.br/tag/caso-nicolas-perruche/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Cuidar seriamente do caráter implacável (da anencefalia) pressupõe liberdade de escolha. A ADPF não as obriga. Cada uma deverá ser protegida em suas escolhas (levar ou não a gestação até o fim). Hoje, infelizmente, a gestação de feto com anencefalia não é escolha, mas um dever – de prolongar o luto, transformar sofrimento involuntário em experiência mística, dever de uma espera sem qualquer sentido.

Desta forma, resta claro que muitos especialistas já defendem a possibilidade de interrupção da gestação em casos de anomalias fetais, para assegurar a liberdade e autonomia da gestante, e principalmente para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, dada a oportunidade de escolha à gestante, o Estado cumpre o seu papel, resguardando-a de sofrimentos e abalos psicológicos indesejáveis e até mesmo torturantes, preservando ainda a sua saúde física, psíquica e moral.

Assim, apesar das inúmeras polêmicas envolvendo a possibilidade ou não da realização do aborto no Brasil, ao menos no que toca à antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia muitos já se manifestam pela sua viabilidade, como forma de assegurar não apenas a autonomia, mas a própria dignidade da gestante, tendo, inclusive, já se pronunciado sobre o caso o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme será visto adiante.

4 DO CASO PERRUCHE – O DIREITO DE NÃO NASCER

Conforme dito anteriormente, o direito à vida é um direito inviolável, essencial, que dá suporte aos demais direitos.

Apesar disso, o direito de não nascer tem sido fonte de debates entre muitos juristas e Cortes ao redor do mundo, sendo relevante, neste sentido, destacar o caso Perruche, julgado pela corte francesa, que introduziu no meio jurídico o direito de não nascer.

Em síntese, consistiu a história de Nicolas Perruche e a decisão da Corte de Cassação Francesa sobre o caso⁵: Na data de 17 de abril de 1982 o médico da família Perruche constatou que a filha do casal, então com quatro anos de idade, apresentava uma erupção cutânea tipicamente de rubéola. Em 10 de maio de 1982, a Senhora Josette, de 26 anos, também apresentou erupções semelhantes às da filha, juntamente com o quadro febril e de nós linfáticos, que são os sintomas da rubéola. A partir disso, em 12 de maio de 1982 uma primeira amostragem obtida a partir de exames realizados na Senhora Josette não confirmou ser caso da doença. Entretanto, na segunda amostragem houve a confirmação de ser caso de rubéola. E, nesta mesma oportunidade, verificou-se que a mãe de Perruche estava grávida. Eis assim que, em 14 de janeiro de 1983, deu à luz Nicolas Perruche, que apresentou todas as manifestações da Síndrome de Gregg, como graves distúrbios neurológicos, surdez bilateral, retinopatia – ausência de visão no olho direito e glaucoma – e doenças cardíacas, envolvendo a assistência permanente de uma terceira pessoa. Naquele então, afirmou-se ser indiscutível que a condição da criança foi a consequência da rubéola congênita contraída na gestação. Por conta desse cenário, o médico e o laboratório que realizou os exames na Senhora Josette foram condenados pelo Tribunal de Cassação da França pelo erro cometido quando da análise da primeira amostra que não havia diagnosticado a rubéola na mãe de Nicolas. Assim, ambos suportaram a condenação solidária com suas respectivas

⁵WUMSCH, Guilherme. O direito de não nascer e as fronteiras entre os conceitos de pessoa e vida no caso Nicolas Perruche. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/tag/caso-nicolas-perruche/>. Acesso em :15 de novembro de 2016.

seguradoras para pagar um subsídio de quinhentos mil francos em relação aos danos pessoais sofridos.

Ainda sobre este acontecimento, o doutrinador Barroso afirmou o seguinte⁶:

O jovem Perruche, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro do médico e outro do laboratório deixaram de diagnosticar o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido. Todos esses exemplos reais, envolvendo situações aparentemente distantes, guardam entre si um elemento comum: a necessidade de se fixar o sentido e alcance da dignidade humana, como elemento argumentativo necessário à produção da solução justa

No affaire Perruche, a Corte de Cassação, em decisão duramente criticada, reconheceu o “direito de não nascer”, ao assegurar a uma criança, representada por seus pais, uma indenização pelo fato de ter nascido cega, surda e com transtorno mental severo. Um erro de diagnóstico no teste de rubéola realizado na mãe deixou de detectar o risco de anomalia fetal grave, impedindo-a de interromper voluntariamente a gestação, como era de seu desejo declarado caso o problema fosse detectado no exame pré-natal.

No caso sob análise, a corte Francesa entendeu por bem condenar o médico da família e o laboratório que realizaram os exames na mãe do Perruche, uma vez que houve negligência quando da análise em um dos exames, o que fez com que a mãe do Perruche perdesse a oportunidade de optar pelo aborto.

O polêmico direito de não nascer, concretizado através do conceito de vida injusta, trazido pela corte Francesa, através do caso Perruche, trouxe grandes repercussões no meio jurídico de todo o mundo.

Sobre o referido direito, Raposo, versa⁷:

As wrongful life actions (ações de vida injusta), surgem quando uma criança nasce mal-formada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado directamente a malformação. As ações de wrongful life são sempre interpostas pela criança (ou por outrem em seu nome, dado que muitas vezes falamos de um menor e/ou incapaz) nascida nestas condições, e podem dirigir-se contra os médicos e instituição hospitalar e mesmo – sendo esta a hipótese mais controvertida – contra os pais.

Os processos de wrongful life podem ser dirigidos contra aquele que deveria informar os progenitores da situação do nascituro e não o fez, nomeadamente o médico que falhou no diagnóstico pré-natal ou no diagnóstico genético pré-implantatório. Neste caso poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indenização: um em seu nome próprio, pelo danos que advêm da circunstância de ter um filho com animalidade tão

⁶ Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁷ Disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33210/1/RPDC21_artigo5.pdf?ln=pt-pt Acesso em: 15 nov. 2016.

gravosas (mas nesse caso estaremos perante um processo de wrongful birth); outro em nome da própria criança, pelo facto de esta ter nascido com semelhante doença ou anomalia (a wrongful live propriamente dita). No pedido contra o médico é alegado o facto de não ter impedido a concepção, ou ter omitido informação acerca da deficiência ou malformação.

Portanto, vida injusta e direito de não nascer são argumentos utilizados pela criança ou pelo incapaz que nasce com algum tipo de má-formação ao pleitear em juízo indenização (através de representantes) em virtude de seu nascimento nestas condições, uma vez que tal deficiência lhe trouxe vida indigna.

Os genitores também poderão requerer indenização quando há erro/omissão do médico, que não diagnosticou a anomalia da criança no período gestacional, fazendo com que a gestante perdesse a oportunidade de realizar o aborto.

O direito de não nascer não possui previsão, até o presente momento, em nossa legislação. Porém, em virtude dos constantes casos parecidos com este levados ao crivo do Judiciário brasileiro, a referência ao caso se torna relevante.

5 DO TRATAMENTO LEGAL DISPENSADO AO ABORTO NO BRASIL

Para abordar acerca do tratamento legal dispensado ao aborto no Brasil, faz-se necessário entender o conceito de aborto.

De acordo com Greco (2006, p 262):

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo.

Já Diniz (2011, p.54) assim define:

O termo "aborto", originário do latim abortus, advindo de aboriri(morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído.

Assim, podemos concluir que o aborto consiste na interrupção da gestação de forma espontânea ou provocada, havendo como consequência a morte do feto.

Por outro lado, como é sabido, a Constituição Federal buscou resguardar o direito à vida, punindo a prática do aborto de forma em geral.

Apesar disso, o Código Penal (CP de 1940) tratou das hipóteses legais que autorizam o aborto. Neste sentido, dispõe Greco (2006 p 263):

O Código Penal, quebrando a regra trazida pela teoria monista [...], pune, de forma diversa, dois personagens que estão envolvidos diretamente no aborto, vale dizer a gestante e o terceiro que nela realiza as manobras abortivas. Caso a própria gestante execute as manobras tendentes à expulsão do feto, praticará o crime de auto-aborto. Se for um terceiro que o realiza, devemos observar se o seu comportamento se deu com ou sem o consentimento da gestante, pois que as penas são diferentes para cada uma dessas situações.

Ademais, vejamos o que dispõe o artigo 128 do CP de 1940:

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.

Ao tratar dos tipos de abortos legalizados, Nucci (2007, p. 627) afirma que “nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe.”

Importante é versar sobre os tipos de aborto. Sobre o aborto terapêutico, esclarece Nucci (2007, p.627):

Trata-se, como já mencionado, de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da mãe e vida do feto), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso (art 128, I CP)

Já Diniz versa sobre a interrupção terapêutica⁸:

São os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento; Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento

Já o aborto humanitário, aquele decorrente de estupro, Nucci (2007, p.627) versa que “em nome da dignidade da pessoa humana, no caso em que a mulher foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto. São dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente”

Percebe-se que o legislador brasileiro se preocupou em garantir a gestante a possibilidade de abortar em determinadas circunstâncias. Isto se deve nos casos em que não há outro meio para salvar a sua vida, ou quando a gravidez é decorrente de estupro.

Tais situações realmente merecem o amparo legal, tendo em vista que jamais se deve colocar em risco uma vida já existente (da gestante), ou forçar a gestante a carregar em seu ventre um filho fruto de uma violência sexual que certamente faz parte de um terrível momento vivenciado.

⁸ Disponível em http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm. Acesso em 15 de Nov.2016

Não há, porém, tratamento legal dispensado às demais hipóteses, em especial àquelas relacionados à má formação do feto, conforme veremos a seguir.

6 DA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO

Para muitos especialistas, a anencefalia e a microcefalia severa, com morte no nascimento, são casos similares que possibilitariam a realização do aborto pela gestante.

Neste momento, necessário é abarcar sobre a decisão inédita do Supremo Tribunal Federal, que em 2012, através da ADPF n. 54 entendeu por bem pacificar a problemática do aborto em casos de fetos anencéfalos, fazendo prevalecer a liberdade das gestantes para que estas decidam se prosseguirão com a gestação ou não.

6.1 Da anencefalia

Para melhor entendimento vejamos o que o Conselho Nacional de saúde versa sobre anencefalia e seus riscos através da resolução nº 348, de 10 de março de 2005⁹:

Considerando que anencefalia é uma má-formação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, pela ausência de hemisférios cerebrais, pela falta do hipotálamo, pelo desenvolvimento incompleto da cortex cerebral, defeito este, proveniente de falha de fechamento do tubo neural superior e pela exposição da massa encefálica restante. A anencefalia ocorre durante a formação embrionária, acarretando total incompatibilidade com a vida extra-uterina.

Considerando que a anencefalia provoca ao longo da gestação riscos à gestante caracterizados por diabetes, doença hipertensiva da gestação, aumento do líquido amniótico (hidrânio) e aumento de risco de embolia. E ainda, devido à falta de ossos cranianos, a dilatação da cérvix uterina é prejudicada, tornando o parto difícil e com complicações. A grande incidência de apresentações fetais anômalas pode acarretar rotura uterina, hemorragias no pós-parto, atonia uterina, dentre outros riscos, além de causar transtornos de natureza psíquica à gestante e seus familiares.

O desembargador Franco (2005, p 402) versa sobre o tema:

A anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição ao exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico. O quando anencefalo não se resume apenas às seqüelas já referidas. Inclui ainda a falta de hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com

⁹ Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2005/Reso348.doc> Acesso em: 15 nov. 2016.

estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca e anormalidades nas vértebras cervicais.[...] o feto anencéfalo, em razão do troco cerebral, preserva, de forma passageira, as funções vegetativas, que controlam, parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Por todas essas graves carências do processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e total incompatibilidade de com a vida extra-uterina.

Busato (2005 p, 89), em uma revista jurídica aponta:

O anencéfalo ao nascer está em um estado vegetativo, ou seja, sua respiração e seu batimento cardíaco estão associados ao tronco, que permite a ele estas ações mecânicas. Não há, entretanto, atividade cerebral propriamente dita, por falta do cérebro. Assim, este ser está condenado permanentemente a esta condição vegetativa, sem qualquer possibilidade de desenvolvimento dos sentidos.

Portanto, podemos entender de anencefalia como uma má-formação fetal, ou como uma ausência de cérebro que impossibilita qualquer expectativa de vida a este nascituro, causando ainda riscos a saúde da gestante, trazendo também sofrimento e causando-lhe transtornos psicológicos.

6.2 Da ausência do bem jurídico protegido, da tipicidade material na interrupção da gestação de fetos anencéfalos

Depois de entendermos o conceito de anencefalia e verificarmos que não há nenhuma possibilidade de vida extra-uterina para os fetos anencefálicos, necessário é avaliar a tipicidade do suposto crime de aborto no caso em tela.

Para tanto, vejamos o que disse Fragoso e Busato¹⁰:

O objeto substancial do crime é aquilo que a ação delituosa atinge; é o conteúdo material ou realístico da norma penal. Para que se chegue a conhecer essa realidade que a ação incriminada atinge, é indispensável, sem dúvida, partir de um exame do sentido da ordem jurídica em geral, e da ordem jurídico-penal particular. Parece inegável que o legislador, ao começar com a imposição de pena de certa conduta, ou seja, ao estabelecer uma proibição ou um comando, visa a determinar nos destinatários da norma um comportamento oposto àquele que incrimina. Como já disse, com grande propriedade, o preceito jurídico não visa a pôr à prova a obediência dos súditos, mas a evitar o que é proibido ou a conseguir o que é imposto. Se determinada ação ou omissão é punível, é porque corresponde a um desvalor da vida social, constituindo um fato que leva ou

¹⁰ FRAGOSO. Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Vol 1, PG, 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, PP. 264/265

expõe a perigo interesses importantes da vida coletiva, cuja tutela supõe-se exigir a ameaça da pena criminal. FRAGOSO, apud BUSATO (2005, p 95)

A lição de Fragoso e Busato nos demonstra que o objeto do crime é o que a ação delituosa causa, assim, o legislador ao impor determinada proibição ou algum comando, visa estabelecer uma ação oposta àquela que possa causar o delito. E se uma ação for considerada como um delito, com certeza, esta causa um desvalor da vida social.

Seguindo esta linha, concluímos que a prática do abortamento, quando não autorizado pela legislação ou por decisão judicial, é cabível a punição, uma vez que o objeto do crime é a proteção à vida do feto na qual foi lesada.

Seguindo ainda a mesma linha, aplicando-se ao caso de fetos anencéfalos, o que dispõe Busato (2005 p. 95-96):

Na hipótese em apreço, trata-se de uma gestação de um feto anencéfalo, ou seja, sem cérebro. Trata-se de um ser destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, consoante a unânime opinião da ciência médica, justamente pela falta de atividade cerebral. A ausência de atividade cerebral é considerada, para fins jurídicos, o conceito legal de morte que ampara a possibilidade de iniciar-se o procedimento de retirada dos órgãos de doadores.

Morte e vida são antônimos, tanto do ponto de vista natural quanto jurídico. Se a falta de atividade cerebral representa morte, inclusive como conceito jurídico, e se a morte é o contrário da vida, devemos concluir não é possível proteger o bem jurídico vida onde ela não existe.

Ainda sobre os fetos anencefalos ¹¹ :

O feto anencéfalo carece das potencialidades que caracterizam e justificam a proteção/inviolabilidade da vida humana em formação: não seria ato, nem potência. Bem por isso se mostra correta a afirmação de que o feto anencéfalo, um projeto embriológico falido, não é um processo de vida, mas um processo de morte. DINIZ apud FRANCO (2005, p.406).

Assim, considerando que o feto anencéfalo é um projeto de morte, sem possibilidade nenhuma de vida, e ocorrendo interrupção da gestação, tal prática não pode ser considerada criminosa, uma vez que esta não atinge o objeto do crime, que é a proteção à vida do feto, ou seja, se não há vida em feto anencéfalo, não há tipicidade penal.

¹¹ DINIZ, Débora, o luto das mulheres brasileiras, disponível em WWW.febrasgo.orb.br/anencefalia3.htm.

6.3 Dos riscos à vida da gestante

Importante versar também sobre os riscos que a gestante vive em casos de diagnósticos de anencefalia¹²:

Resta ainda, sob a angulação médica, verificar se a anencefalia diagnosticada provoca risco à saúde da mulher no caso em que dê seguimento à gestação, do ponto de vista físico, a anencefalia aumenta significativamente, o risco da gravidez e do parto para a gestante, por várias causas. Entre elas, menciona-se o fato de estar acompanhada amiúde de polihidrâmnios com todas as complicações deles decorrentes (dificuldades respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, etc. comprovou-se além disso, que os fetos podem ser grandes-macrossomia fetal e ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça fazem com que o tronco Tande a penetrar no canal do parto junto da cabeça, provocando assim uma grave distocia. Não obstante, o aumento real desses riscos, não há que cogitar que a vida da gestante esteja em jogo. DINIZ apud FRANCO(2005, p.406).

CARVALHO apud SOUZA (2015 P.85) Levantam ainda questão da saúde psíquica da gestante:

Pode-se dizer que, desde o diagnóstico, as gestantes sofrem com transtornos psicológicos, podendo chegar a um quadro de depressão profunda. Além disso, se obrigadas a levarem adiante a gravidez de um feto com mínimas chances de vida fora do útero, terão também danos à saúde física. Assim, a gravidade do feto anencéfalo causa diversos durante a gestação.

Ventura (*apud* Souza; 2015 p. 86) ainda afirmam¹³:

A morte materna está associada diretamente a situações que envolvem complicações na gravidez, no parto, no puerpério, no aborto, e que ocasionam a morte da mulher. A morte materna evitável por meio de uma assistência à saúde adequada é considerada uma grave violação dos direitos humanos das mulheres[...] a mortalidade materna é considerada um indicador privilegiado do estado de saúde de uma população, pois revela as falhas dos sistemas de saúde na assistência e condições de vida de uma população, além de indicar o nível de reconhecimento das sociedade para com os direitos humanos das mulheres

Assim, entende-se que de qualquer forma a gravidez de feto anencéfalo pode causar algum tipo de risco à gestante. Seja, na saúde física, seja no abalo psicológico, podendo levá-la até a morte materna.

¹² DINIZ, Débora, o luto das mulheres brasileiras, disponível em WWW.febrasgo.orb.br/anencefalia3.htm.

¹³ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. 3 ed. Brasília: UNFPA, 2009

Ademais, versar sobre a saúde, nos remete a análise do artigo 196 da nossa Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.(BRASIL,1988)

De acordo com o artigo citado, considera-se o direito à saúde como um direito fundamental, o Estado tem o dever de amparar a gestantes que se encontram abaladas pelo diagnóstico da anencefalia, dando todo o suporte necessário, para a tomada da decisão.

6.4 Da APDF nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no ano de 2004, pleiteava autorização da antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, para fins de não considerar tal prática como aborto criminoso, possibilitando à gestante decidir pela interrupção ou não de sua gestação.

Sobre o tema, versa Busato (2005 p.80):

Por trás da discussão técnica processual, late uma questão muito mais importante: os aspectos morais e jurídicos implicados na causa, e que, certamente, ainda que não enfrentado neste momento pelo STF, já despertaram a atenção de diversos seguimentos de nossa sociedade.

Ocorre que nosso Estado, ainda que laico, abriga uma vasta gama da população vinculada aos dogmas religiosos, em especial os do catolicismo. A interrupção da gestação é tratada pela religião católica bastante rígida. A expressão legislativa relacionada ao aborto PE evidente fruto desta influência. Por esta razão, veio à tona, a reboque da discussão proposta ao STF, toda a questão relacionada ao aborto.

Porém, esta avalanche de conceitos e perspectivas relacionadas com o tema parece ter feito com que se perdesse o referencial central da questão, ou seja, se o Direito penal deve ou não regular a matéria relacionada a interrupção da gestação de um anencéfalo. Uma correta visão da matéria deve retornar ao marco teórico apropriado para a discussão, pois conforme SILV FRANCO, “num Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais

Quando da análise do mencionado caso (ADPF n. 54 p. 66), o ministro Relator do processo Marco Aurélio, ao proferir sua decisão enfatizou¹⁴:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹ (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afastando-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

A ADPF nº 54 foi julgada procedente pelo STF em abril 2012, oportunidade em que foram proferidos 8 votos a favor da possibilidade de interrupção da gestação em casos de fetos anencefálicos, tendo sido declarada a inconstitucionalidade da

¹⁴Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf54.pdf> Acesso em: 15 nov. 2016.

interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Ao proferir seu voto, afirmou o ministro Marco Aurélio¹⁵ que: “Trata-se de situação concreta que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade. [...] manter-se a gestação resulta em impor à mulher danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina”.

Acertada foi tal decisão, uma vez que não existe aborto nestes casos, pois não há sequer vida em fetos anencefálicos, assim, não há aquilo que se proteger, tendo em vista que não há nenhuma possibilidade de vida. Ademais, cabe ressaltar que tal decisão buscou amparar o Direito de liberdade de escolha da gestante.

¹⁵Manifestação do Ministro relator quanto à improcedência da autorização do aborto nos casos de microcefalia ADPF 54 p.13. ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 1/07/2008. Publicação. DJe-151 DIVULG. 13/08/2008 PUBLIC 14/08/2008. Partes: Argte: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Advs: Luís Roberto Barroso e outro(s).

7 MICROCEFALIA E DA POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ABORTO EM TAL HIPÓTESE

Conforme visto até aqui, as discussões acerca do aborto são inúmeras e dividem opiniões não só no Brasil, mas também no mundo. Fato é que no Brasil, hoje o aborto, como regra, é considerado fato típico e punível, ressalvando-se as hipóteses em que se autoriza a conduta, que já foram trabalhadas até o momento.

Recentemente o debate sobre o aborto tornou-se mais frequente em razão da crescente anomalia que tem acometido bebês de todo o país, anomalia esta resultante da disseminação descontrolada do vírus Zika, que é transmitido pelo mosquito *aedes aegypti*. Aponta-se que o vírus da Zika causa microcefalia e outras graves más-formações em bebês.

No ano 2015, houve um surto muito grande no Nordeste do país através do vírus Zika, inclusive, a antropóloga Débora Diniz (2016 p.12), realizou uma pesquisa acerca de epidemia e publicou o livro “Zika do sertão nordestino à ameaça global”, sendo este o primeiro livro que retrata a epidemia do vírus zika no Brasil.

Em sua obra, Diniz,(2016 p.19) aponta todo o momento de tensão vivenciado com a chegada deste vírus na região nordestina. Versa ainda sobre o sofrimento vivenciado pelas gestantes, ao receberem o diagnóstico da microcefalia em seus bebês. Importante ressaltar que diagnóstico se dava após o nascimento ou durante a gestação, através do ultrassom. O exame de ultrassom apontava a diferença na circunferência do crânio, e em muitos casos apresentava calcificação no cérebro, que se identificava através de manchas brancas.

Segundo Débora Diniz (2016 p.40), não se sabe ao certo quando o zika vírus chegou ao país. Entretanto, os médicos acreditam que a origem do vírus se deu com a chegada da copa do mundo em 2014. Os sintomas do zika eram leves, nada de febre alta, mais precisamente se tratavam de náuseas, dores nas juntas, coceiras e manchas na pele, foi considerada no início, como uma leve dengue.

Cabe demonstrar aqui os números de casos de microcefalia no país, e segundo o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública Sobre Microcefalia, entre o período 08 de novembro de 2015 a 05 de novembro de 2016, apontam que¹⁶:

Até 05 de novembro de 2016 (SE 44), 10.119 casos foram notificados, segundo as definições do Protocolo de vigilância (recém-nascido, natimorto, abortamento ou feto). **Desses, 3.086 (30,5%) casos permanecem em investigação** e 7.033 casos foram investigados e classificados, sendo **2.143 confirmados para microcefalia e/ou alteração do SNC sugestivos de infecção congênita e 4.890 descartados.**(BRASIL, 2015. Grifo nosso)

Importante dizer que no total acumulado de 01 ano, novembro de 2015/2016 foram confirmados o total de 2.143 casos de microcefalia no Brasil, e que o Nordeste foi o local com maior número de casos, correspondendo a 66,2 %, em seguida, o Sudeste com 20,0%, a Região Norte com 5,1%, o Centro-Oeste 6,6% e o Sul 2,2%.

Comparando os casos de microcefalia notificados em nosso país, dados apontam que¹⁷: em 2012, foram notificados 175 casos; 2013, 167 casos; 2014 , 174 casos; Já em 2015, até o dia 26 de dezembro, foram notificados 658. Portanto é nítido que em 2015 e 2016 houve um aumento significativo nos casos de microcefalia.

Ademais, o Ministério da Saúde informa que¹⁸: foi publicado na revista científica The Lancet, o estudo traz, pela primeira vez, resultado preliminar de um trabalho de caso-controle realizado no Brasil. Esta análise preliminar mostra uma forte associação entre microcefalia e confirmação laboratorial de infecção pelo vírus zika, escrevem os autores.

O estudo reforça a relação já reconhecida pelo governo brasileiro desde novembro de 2015, entre o zika e a ocorrência de microcefalia em bebês cujas mães foram infectadas pelo vírus. O Brasil é pioneiro no estudo da relação do zika vírus com a microcefalia e conta com parceiros nacionais e internacionais nas investigações, como parte do esforço mundial para as descobertas relacionadas ao zika.

¹⁶Disponível em http://combateaedes.saude.gov.br/images/pdf/informe_microcefalia_epidemiologico51.pdf. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹⁷Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/dezembro/30/COES-Microcefalias---Informe-Epidemiol--gico---SE-51---29dez2015---15h.pdf> Acesso em 21 nov. 2016

¹⁸Disponível em <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/estudo-reforca-relacao-entre-microcefalia-e-zika-virus>. Acesso em: 15 nov. 2016.2wq22

Portanto, a microcefalia, sem dúvidas, reabriu a discussão do aborto de forma generalizada, mas mais acentuadamente ao que diz respeito aos fetos com a microcefalia.

Para entendermos melhor sobre o tema abordado, vejamos o significado desta doença. Dispõe a Organização Mundial de Saúde (OMS) sobre a microcefalia¹⁹:

Microcefalia é uma malformação neonatal caracterizado por uma cabeça muito mais baixa do que a de outras crianças da mesma idade e sexo tamanho. Quando acompanhado por um baixo crescimento do cérebro, as crianças podem ter problemas de desativação de desenvolvimento. Microcefalia pode ser leve ou grave.

Já Bruna, editora do site Dr. Drauzio Varella, informa que²⁰:

Microcefalia é uma condição neurológica rara que se caracteriza por anormalidades no crescimento do cérebro dentro da caixa craniana. Em geral, ela ocorre quando os ossos do crânio se fundem prematuramente e não deixam espaço para que o cérebro cresça sem que haja compressão das suas estruturas. A alteração pode ser congênita ou manifestar-se após o nascimento associada a outros fatores de risco (doença secundária).

Assim, a microcefalia pode ser conceituada como uma má formação do crânio, em que a circunferência da cabeça é muito menor do que outras crianças, podendo comprometer o crescimento do cérebro e o seu desenvolvimento. Importante dizer que não existe grau específico da doença, podendo ser considerada leve ou até mesmo grave.

Após conceituarmos a microcefalia, necessário é abarcarmos sobre a sua causa, diagnóstico e os sintomas da doença. Assim, vejamos o que dispões a OMS²¹:

Há muitas causas possíveis de microcefalia, mas, muitas vezes, essas causas ficam por conhecer. As causas mais comuns são:

- Infecções do útero: toxoplasmose (causada por um parasita encontrado em carne mal cozinhada), rubéola, herpes, sífilis, citomegalovírus e VIH;
- Exposição a substâncias químicas: exposição da mãe a metais pesados como o arsênio e o mercúrio, álcool, radiação e fumo de tabaco;
- Anomalias genéticas, tais como a síndrome de Down; e
- Malnutrição grave durante a vida do feto.

¹⁹Disponível em <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/microcephaly/es/> Acesso em: 18 nov. 2016.

²⁰Disponível em <https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/> Acesso em: 18 nov. 2016.

²¹Disponível em <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/microcephaly/pt/> Acesso em: 18 nov. 2016.

Além das causas já citadas, em 07 de abril de 2016, a OMS fez uma declaração informando que o vírus Zika é a causa da microcefalia e da síndrome de Guillain-Barré, notícia esta que tomou grande repercussão no mundo todo.

Sobre o diagnóstico da doença, a OMS informa: “O diagnóstico precoce da microcefalia pode, por vezes, ser feito por ecografia do feto. A possibilidade de um bom diagnóstico será melhor, se a ecografia for feita no final do segundo trimestre, por volta das 28 semanas, ou no terceiro trimestre da gravidez. Muitas vezes, o diagnóstico é feito à nascença ou mais tarde.”

Sobre os sintomas da microcefalia, estes são variados. Crianças com microcefalia podem sofrer diversas alterações motoras e neurológicas. Em geral, podem apresentar os seguintes comprometimentos: Atraso no desenvolvimento neuropsicomotor e da fala; Déficit intelectual; Paralisia; Convulsões; Epilepsia; Autismo; Rigidez dos músculos; Distorções faciais; Nanismo e Baixa estatura; Perda de audição, Problemas de visão ou dificuldade em engolir. Entretanto, não existe sintomas específicos, inclusive, em alguns casos, há crianças que se desenvolvem normalmente.

Ademais, cabe mencionar aqui sobre o transtorno psicológico que a gestante sofre após o receber o diagnóstico de fetos portadores de anomalia.

Diante disso, em parecer enviado ao Supremo Tribunal Federal, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, se posicionou favorável ao aborto para gestantes com o vírus Zika. Em seu parecer ponderou Janot²²:

A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zica representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito fundamental à saúde mental e à garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis.

Importante destacar que o pronunciamento e manifestação do Procurador Janot ocorreu no bojo da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental nº 5.581, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), onde

²²Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1811136-procurador-geral-defende-legalidade-de-aborto-em-gravidas-com-zika.shtml>. Acesso em: 18 nov. 2016.

se questiona as políticas públicas do governo federal associada ao vírus zika bem como assistência a crianças com microcefalia.

Janot disse que²³ “deve ser reconhecida a existência de causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes públicas e privadas realizar o procedimento (*o aborto*), nessas situações”.

Ademais, Janot entende que é possível aborto em casos de microcefalia e que há previsão legal se partindo por uma analogia à decisão da ADPF nº 54 em que o STF reconheceu a possibilidade do aborto em casos de fetos portadores de anencefalia.

Por fim, em seu parecer ele alega que “autonomia reprodutiva, direito a saúde e a integridade física e psíquica seriam direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização do aborto” em caso de infecção pelo vírus”.

Outro parecer importante sobre a possibilidade de aborto em casos de microcefalia, foi dada pelo juiz goiano, Jessier Coelho de Alcantra, que em sua entrevista informou que ²⁴“Se houver pedido por alguma gestante nesse caso de gravidez com microcefalia e zika, com comprovação médica de que esse bebê não vai nascer com vida, aí sim a gente autoriza o aborto”

O juiz disse ainda se o aborto é permitido por lei em casos de fetos anencéfalos, “cuja vida após o nascimento é inviável”, também se justifica em “gestações em que o feto comprovadamente nascerá sem vida”, devido à microcefalia.

Já a antropóloga Débora Diniz(2016) informou que ²⁵:

²³Disponível em <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,janot-defende-aborto-para-gravidas-com-zika,10000074612>. Acesso em: 18 nov. 2016.

²⁴Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rsAcesso em: 18 nov. 2016.

²⁵Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/2016/05/um-dia-das-maes-com-a-epidemia-do-virus-zika-e-a-microcefalia/>. Acesso em 22 de Nov.2016

Só a mulher, na intimidade das suas crenças e convicções, pode saber o que é encarar uma gestação em tempo de uma epidemia. Veja, que não é necessariamente o medo da microcefalia ou de outras alterações neurológicas no feto que pode afetar as mulheres: há uma angústia intensa em se manter grávida em uma epidemia que se conhece pouco as consequências para a saúde dela e de seu futuro filho. Todos são cenários de potencial tortura psicológica às mulheres. Respeitar essas mulheres é garantir que elas sejam as únicas a decidir qual o melhor caminho para aplacar essa dor”

Portanto, seguindo esta linha, seria possível sim a possibilidade do aborto em casos de microcefalia oriunda zika vírus, uma vez que tal situação afeta diretamente a saúde psíquica da gestante, violando também o direito a vida livre de tortura.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo focar na análise acerca da possibilidade da realização do aborto em casos de microcefalia, considerada uma má formação do crânio.

Para tanto, restou conceituado o direito à vida, tido como pilar para os demais direitos estabelecidos em nosso ordenamento e considerado entrave para a prática do aborto no Brasil, sendo necessário mencionar que o Código Civil prescreve que o direito de personalidade é assegurado a partir do nascimento com vida. Assim, segundo a doutrina, o nascituro possui apenas expectativas de direitos e não direitos efetivos.

Posteriormente, foi realizada pesquisa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade da gestante.

Segundo a pesquisa, apesar de a legislação brasileira considerar criminosa a prática abortiva (O Código Penal de 1940, prevê apenas duas hipóteses em que o aborto não é punido, quais sejam, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro), houve decisão inédita do Supremo Tribunal Federal (STF) que fez prevalecer a liberdade das gestantes de fetos anencéfalos que possuam o desejo de interromper a gestação, havendo entendimento no sentido de que tal decisão poderá, por analogia, se aplicar aos casos de fetos portadores de microcefalia severa.

De acordo com os dados levantados, crianças com Microcefalia podem sofrer diversas alterações motoras e neurológicas. Restou constatado que na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia poderá sofrer de diversas sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

Ao longo da pesquisa foi possível observar que a possibilidade do aborto em casos de microcefalia divide opiniões, sendo certo que a sociedade, bem como a grande maioria dos operadores do direito ainda não conseguiu definir seu posicionamento acerca desta problemática.

Apesar da polêmica existente, foi possível observar que muito embora não haja previsão legal e nem tampouco decisão judicial a respeito sobre o caso, a melhor medida, ou seja, a que se mostra mais adequada diante da situação de microcefalia oriunda do zika virus, é aquela que se coloca no sentido de possibilitar a realização do aborto de forma a resguardar a dignidade e autonomia da gestante, evitando também sofrimentos e abalos psicológicos por parte desta e por parte daquele que irá nascer, evitando que o bebê venha sofrer as consequências do vírus zika através da microcefalia, uma vez que não dispõe o Estado brasileiro de condições de assegurar-lhe todo amparo de que necessita, e como consequência, de proporcionar-lhe uma vida digna.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 15 de nov. de 2016.

BRASIL. **Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero defende parto antecipado em caso de anencefalia.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95152>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de nov. de 2016.

BRASIL. Lei No 2.848, De 7 De Dezembro De 1940. **Código Penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de Nov. de 2016.

BRASIL, **Resolução nº348, 10 de março de 2005.** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2005/Reso348.doc>. Acesso em 15 de Nov. 2016

BRASIL. **Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental 54.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 09de maio de 2016

BUSATO, Paulo César. **Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia.** Revista Jurídica. Ano 52 nº 327. 2005.

Centro de Operações De Emergências Em Saúde Pública Sobre Microcefalias. Disponível em: http://combateaedes.saude.gov.br/images/pdf/informe_microcefalia_epidemiologico51.pdf .Acesso em: 15 nov. 2016.

Centro de Operações De Emergências Em Saúde Pública Sobre Microcefalias. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/dezembro/30/COES-Microcefalias---Informe-Epidemiol--gico---SE-51---29dez2015---15h.pdf> Acesso em 21 nov. 2016

DINIZ, Débora. **Bioética e Aborto.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellaborto.htm. Acesso em: 09 de maio de 2016

DINIZ, Débora. Zika do Sertão Nordeste À Ameaça Global. 1ª Ed. São Paulo: Civilização Brasileira. 2016

DINIZ, Maria Helena. **O estado Atual do Biodireito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Dr. Drauzio Varella, Microcefalia<https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/> Acesso em: 18 nov. 2016.

FRANCO, Alberto Silva. **Revista dos tribunais**. Ano 94. Volume 833. Ed. Revista dos tribunais. São Paulo. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume 1 : parte geral. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **CursoDireito Penal: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra pessoa**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006 .

Janot defende aborto para grávidas com zika. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1811136-procurador-geral-defende-legalidade-de-aborto-em-gravidas-com-zika.shtml>. Acesso em: 18 nov. 2016.

Juiz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte Disponível em : http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_r Acesso em: 18 nov. 2016

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed.Saraiva, 2012, p. 970.

LEVY, Laura Afonso da Costa. **Revista SÍNTESE Direito de Família**. Volume 13 nº 70.São Paulo. 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas S. A., 2014.
NUCCI, Guilherme . **Manual de direito penal. Parte geral: parte especial** 3 ed rev atualizada e ampli. Sao paulo editora revista dos tribunais. 2007

Organização Mundial de SaúdeMicrocefalia . Disponível em <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/microcephaly/es/> Acesso em: 18 nov. 2016.

Procurador-geral defende legalidade de aborto em grávidas com zika. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1811136-procurador-geral-defende-legalidade-de-aborto-em-gravidas-com-zika.shtml>. Acesso em: 18 nov. 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. **As wrongactions no início da vida (wrongfulconception, wrongfulbirth e wrongfullife) e a responsabilidade médica**. In: **Revista Portuguesa do Dano Corporal**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.n. 21, 2010. p. 61-99. Disponível em:

https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33210/1/RPDC21_artigo5.pdf?ln=pt-pt.

Acesso em: 15 de novembro de 2016

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Revista SÍNTESE Direito de Família**. Volume 16 nº 91. São Paulo. 2015

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** : volume único. 6 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016

Diniz, Débora **Um Dia das Mães com a epidemia do vírus zika e a microcefalia**

Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/2016/05/um-dia-das-maes-com-a-epidemia-do-virus-zika-e-a-microcefalia/>. Acesso em 22 de Nov.2016

WUMSCH, Guilherme. **O direito de não nascer e as fronteiras entre os conceitos de pessoa e vida no caso Nicolas Perruche**. Disponível em:

<http://emporiododireito.com.br/tag/caso-nicolas-perruche/>. Acesso em :15 de novembro de 2016.