

REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA – FIC

LARISSA EVELYN DE OLIVEIRA

MICROCEFALIA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À ADPF 54

CARATINGA

2016

LARISSA EVELYN DE OLIVEIRA

MICROCEFALIA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À ADPF 54

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

FIC
2016

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, pelo dom da vida;

À minha família, que mesmo à distância não deixou faltar amor;

Aos amigos, pelo apoio constante;

Aos mestres, em especial á orientadora Alessandra Baião pela boa vontade em transmitir o conhecimento.

DEDICATÓRIA

Dedico a todas as pessoas que cruzaram o meu caminho, e que, de uma maneira ou de outra, contribuíram para o meu crescimento.

“É mais seguro ser temido do que amado”

Maquiavel

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
1. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	14
1.1 Métodos Clássicos de Interpretação	16
1.2 Princípios Especificamente Constitucionais	19
1.3 Ponderação de Valores	21
2. HABERLLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO DE CONCEITOS MÉDICOS	23
2.1 Haberlle e a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição	24
2.2 Conceitos Médicos	26
2.2.1 Anencefalia.....	27
2.2.2 Microcefalia	28
2.2.3 Hidrocefalia	29
3. ANÁLISE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54	32
3.1 Voto do Ministro Relator	33
3.2 Votos Vencidos	35
3.3 Interpretação Constitucional Sobre a Possibilidade do Aborto de Feto Microcefálico	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

RESUMO

Atualmente o noticiário tem nos assombrado com o crescente número de casos de microcefalia no Brasil. A microcefalia pode ser definida, grosso modo, como uma condição neurológica rara, onde a cabeça do feto é significativamente menor do que a de outros, o que gera complicações de ordem neurológica, podendo ser transmitida por meio do vírus “Zika”, causado pela picada do mosquito *Aedes aegypti*. No Brasil, de acordo com estudos do Ministério da Saúde, ocorrido em março do corrente ano, são mais de 1.489 (um mil, quatrocentos e oitenta e nove) casos confirmados e mais de 7.000 (sete mil) casos suspeitos. Estes dados atribuíram à microcefalia o “status” de emergência de saúde pública e gerou também preocupação de ordem jurídica, notadamente no que se refere à possibilidade da legalização do aborto nestes casos. Quanto a esta indagação, surgiu na doutrina três correntes que tratam acerca do aborto nos casos de microcefalia. A primeira corrente é categórica em afirmara que a microcefalia não é condição para fins de autorização do aborto. A segunda corrente, defende que a microcefalia autoriza o aborto, desde que seu estágio seja severo, o que ocasiona o nascimento do feto sem vida. E, por fim, a terceira corrente defende que o diagnóstico da microcefalia é, por si só, condição de autorização legal do aborto. Diante deste quadro, partindo de uma análise constitucional acerca dos direitos fundamentais, de um lado a inviolabilidade do direito à vida, e de outro o direito à dignidade e ao não sofrimento psicológico da gestante, pode-se defender, por meio de uma ponderação de princípios, a legalização do aborto nos casos de microcefalia severa, ou seja, onde o diagnóstico concluiu pelo nascimento do feto sem vida.

Palavras-Chave: Aborto; direito à vida; dignidade da pessoa humana e microcefalia.

INTRODUÇÃO

O tema proposto nesta pesquisa é a microcefalia e a possibilidade jurídica do aborto à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Objetivou-se dissertar acerca da possibilidade de legalização do aborto nos casos de microcefalia severa, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade de interrupção da gestação em casos de microcéfalo não é assunto incontroverso. Existem, em síntese, três correntes doutrinárias que versam sobre o tema, trazendo à discussão o número significativo de contaminação no Brasil pelo Virus Zika, um dos grandes causadores da microcefalia; os estágios da doença, e a ponderação de direitos fundamentais que se aplicam ao caso. Sabe-se que a microcefalia não é uma sentença de morte; à exceção da microcefalia severa, onde o nascimento sem vida do feto é certo. Sendo assim, entende-se que a interrupção da gestação em casos de microcefalia não é viável e que só poderá ser discutida com segurança jurídica quando houver meios eficazes de comprovar que em casos de microcefalia severa que não garante chances de vida após o parto, onde as conseqüências da mesma amolda-se aos casos de fetos anencéfalos, objeto da ADPF (Arguição de descumprimento de preceitos fundamentais) nº 54, que trata acerca da ausência de expectativa vida extrauterina.

Utiliza-se como argumento dessa discussão os dizeres do Ministro Cezar Peluzo, em seu voto contra a antecipação do parto em casos de anencéfalos, na ADPF 54:

Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica. Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. (...) O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana. Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica.

A pesquisa representa significativo ganho social, visto que o resultado demonstrará quais são as possibilidades jurídicas viáveis no ordenamento brasileiro da interrupção terapêutica do aborto de gestação de fetos microcéfalos. Ainda, demonstrando se a patologia é substancialmente importante para a não punibilidade do crime de aborto em tais casos, exterminando as obscuridades da temática no meio social.

Deste modo, sempre que surge nova situação na sociedade, faz-se necessário a adequação do sistema jurídico à novidade, de modo que este emita as diretrizes que serão imputadas ao novo fato. A pesquisa demonstrará a juridicidade do tema, analisando os dispositivos penais do aborto e as causas de não punibilidades com intuito em compará-las com a situação dos fetos microcéfalos, oportunizando com isso, evidente ganho jurídico.

O ganho na seara acadêmica, a pesquisa é um dos mecanismos mais utilizados a fim de esclarecer coisa obscura, ou investigar fato novo em determinada área do conhecimento. A partir do momento em que se tem material expressando e investigando juridicamente o que há de novo na sociedade, o meio acadêmico é enriquecido, proporcionando debates e refutações, objetivando nada menos do que a direção da tomada de atitude (correta) frente à situação anteriormente inconcebível.

A metodologia de ensino adota é a teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrinas e jurisprudências aplicadas ao tema. Como setores do conhecimento, a presente pesquisa é de natureza interdisciplinar, já que realiza o intercruzamento de informações no Direito Penal e Direito Constitucional.

A monografia se divide em três capítulos; sendo que no primeiro capítulo será exposto acerca da hermenêutica e a interpretação constitucional, o segundo sobre anencefalia, microcefalia e outras anomalias e o terceiro acerca da ADPF 54 e do direito do nascituro.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Nas palavras do doutrinador Guilherme Souza Nuccci, aborto, em síntese, pode ser definido como “*a cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando a morte do feto*”¹. Esta prática foi tipificada no Código Penal brasileiro, em seus art. 124, e seguintes, como crime, possuindo a seguinte redação:

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 débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. 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.²

Portanto, partindo da legislação penal em vigor, observa-se que o Código elenca apenas duas hipóteses de excludentes de antijuridicidade, quando se trata da prática abortiva, sendo: “*se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, por seu representante legal.*”³

Diante da criminalização do aborto e do caráter severo de nosso ordenamento frente as possibilidade de exclusão de antijuridicidade do mesmo, o presente trabalho traz em discussão a possibilidade de legalização da prática do aborto nos casos de microcefalia, já conceituada em abordagem preliminar.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 544.

² BRASIL, **Código Penal**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 04 de junho de 2016, as 15:30 horas.

³ BRASIL, **Código Penal**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 04 de junho de 2016, as 15:30 horas.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) o Brasil, este é o atual quadro de casos de microcefalia no Brasil:

O número de casos confirmados de microcefalia no Brasil subiu para 1.046, dos quais 227 bebês acabaram por morrer, antes ou depois do parto, informou esta quinta-feira a Organização Mundial de Saúde (OMS). Segundo o relatório semanal sobre a situação da epidemia de Zika, hoje divulgado, entre 22 de outubro do ano passado e 02 de abril deste ano, o Brasil registrou 6.906 casos suspeitos de microcefalia ou malformações do sistema nervoso central, o que contrasta com o período entre 2001 e 2014, durante o qual se registrava uma média anual de 163 casos. Dos 6.906 casos, 2.860 foram investigados e em 1.046 há de fato microcefalia com indícios de infecção congênita. O relatório da OMS sublinha que, "com base num crescente número de investigações preliminares, existe consenso científico de que o vírus do Zika é uma causa de microcefalia e de síndrome de Guillain-Barre".⁴

Prossegue a OMS (Organização Mundial da Saúde), segundo dados estatísticos:

(...) Entre outubro de 2015 e março de 2016, 87 mulheres grávidas foram sujeitas a testes de diagnóstico do vírus e 19 acusaram a presença do vírus ou do anticorpo. (...) O Brasil, o país mais afetado pelo surto de Zika, já registrou mais de um milhão e meio de casos. Recentemente, um especialista da OMS explicou que o número de casos de microcefalia poderá ascender a mais de 2.500 no nordeste do Brasil.⁵

No que tange à legalização do aborto nos casos de microcefalia no Brasil, encontramos três correntes doutrinárias que versam sobre o assunto. Vejamos sucintamente cada uma delas.

Temos os defensores do aborto de microcéfalos, independentemente do estágio ou gravidade do quadro. De acordo com esta corrente,

O Poder Público é responsável pela epidemia de zika, por não ter erradicado o mosquito transmissor. Nesse caso as mulheres não poderiam ser "penalizadas" pelas consequências de políticas públicas falhas, entre elas a microcefalia. Portanto, deveriam ter direito à escolha do que chamam de "aborto legal".⁶

⁴ COSTELLO, Antonio, **Zika: OMS já contabiliza mais de mil casos de microcefalia no Brasil**. Disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/internacional/08-04-2016/zika-oms-ja-contabiliza-mais-de-mil-casos-de-microcefalia-no-brasil>. Acesso em 04 de junho de 2016, as 17:02 horas.

⁵ COSTELLO, Antonio. **Zika: OMS já contabiliza mais de mil casos de microcefalia no Brasil**. Disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/internacional/08-04-2016/zika-oms-ja-contabiliza-mais-de-mil-casos-de-microcefalia-no-brasil>. Acesso em 04 de junho de 2016, as 17:02 horas.

⁶ AMARAL, Carlos Eduardo dias do. **Legislação brasileira não permite aborto de microcéfalo**. Disponível em <http://eduardoamaral74.jusbrasil.com.br/artigos/303941162/legislacao-brasileira-nao-permite-aborto-de-microcefalo>. Acesso em 04 de junho de 2016, as 12:12 horas.

Sustentam ainda que: “as gestações de fetos com microcefalia, apesar de sobreviverem, devem ser comparadas às de fetos anencéfalos, o que permitira por consequência direta o direito da mulher ao aborto.”⁷

Por outro lado, temos a segunda corrente, que sustenta a ilegalidade do aborto, mesmo em casos de microcefalia severa. De acordo com o posicionamento de Gilson Luiz Roberto,

O feto anômalo, mesmo o portador de grave deficiência, como é o caso da microcefalia, faz parte dessa diversidade. Deve ser, portanto, preservado e respeitado. (...) O aborto provocado é um procedimento traumático, com repercussões gravíssimas para a saúde mental da mulher, que geralmente aparecem tardiamente. (...) As mulheres sofrem uma perda, e suas necessidades emocionais são relegadas ou escondidas. (...) A sociedade que apela para o aborto se declara falida em suas bases educacionais, porque dá guarida à violência no que ela tem de pior, que é a pena de morte para inocentes.

Ainda, segundo os adeptos desta corrente, “presumir a ausência de expectativa de vida em um feto microcefálico seria apostar numa roleta, o que não se pode admitir.”⁸

Por último, temos a terceira corrente, que afirma a possibilidade de legalização do aborto nos casos de microcefalia severa, ou seja, nas hipóteses em que a microcefalia levará ao nascimento sem vida do feto.

De acordo com o jurista Jesseir Coelho de Alcântara 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. "A anencefalia e a microcefalia severa, com morte no nascimento, são casos similares" (...).⁹

Veja-se que em se tratando de microcefalia severa, o nascimento com morte do feto é inevitável. Assim, nestes casos, esta última corrente defende categoricamente a possibilidade do aborto, haja vista que se compara

⁷ ROBERTO, Gilson Luiz. **Microcefalia não é pena de morte**. Disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniaio/microcefalia-nao-pena-de-morte-18705211>. Acesso em 04 de junho de 2016, as 17:41 horas.

⁸ ROBERTO, Gilson Luiz. **Microcefalia não é pena de morte**. Disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniaio/microcefalia-nao-pena-de-morte-18705211>. Acesso em 04 de junho de 2016, as 17:41 horas.

⁹ ALCANTARA, Jesseir Coelho. **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_rs. Acesso em 04 de junho de 2016, as 15:00 horas.

àqueles casos de fetos anencéfalos, cujo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou através da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 54.

Diante deste quadro, o Instituto de Bioética, com o apoio da OMS (Organização Mundial da Saúde), em ação conjunta, caminha para levar ao Superior Tribunal Federal, o caso de aborto em decorrência de microcefalia provocado pelo Zika Virus. A pretensão é a legalização do aborto, não tendo a Suprema corte ainda se pronunciado sobre o assunto.

1. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Considera-se a hermenêutica como a arte de examinar os pressupostos, da metodologia e da interpretação. É compreendida também forma de comunicação mediativa, considerando-se o sistema jurídico existente e a realidade social.

Canotilho¹⁰ destaca que:

A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência com base em critérios ou premissas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.

Luís Roberto Barroso¹¹ também trata do assunto, dizendo:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato. Esses três conceitos são marcos do itinerário intelectual que leva à realização do direito. Cuidam eles de apurar o conteúdo da norma, fazer a subsunção dos fatos e produzir a regra final, concreta, que regerá a espécie.

Isto posto, destaca-se que a hermenêutica constitucional pode ser compreendida como a ciência que busca estudar os princípios, fatos, os institutos constitucionais e compreender sua aplicação diante da sociedade. Como forma simples de compreensão de como se dá a hermenêutica, pode-se dizer que o constituinte é o emissor de uma mensagem normativa estabelecida através do texto constitucional e a sociedade e comunidade jurídica são os receptores da mensagem. Mas a transmissão se dá por meio da hermenêutica, que estabelece uma relação comunicativa entre as partes, fazendo com que receptor entenda a mensagem enviada pelo emissor.

Canotilho¹² ainda continua afirmando:

¹⁰ CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição, Saraiva, 2008.

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direitos (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Mas para que ocorra de maneira plena é preciso que se utilize métodos de interpretação, que são os conhecidos diferentes métodos de hermenêutica constitucional, visando atender às necessidades sociais frente à legislação existente.

Ivo Uji¹³ aborda o assunto afirmando:

A mudança social é o vetor principal para a hermenêutica constitucional, pois o exegeta deverá utilizar-se das ferramentas interpretativas para apaziguar os ânimos sociais, apresenta-se, desse modo, uma mutação na Constituição, que pode ser dirigida em uma alteração material e formal ou simplesmente material. Aquela pautada nas normas constitucionais obsoletas e sem qualquer possibilidade de utilização na moderna conjuntura social - a partir da promulgação de Emenda à Constituição - esta na hermenêutica constitucional. Outra vertente, interessante, ressaltando que nem tudo muda; a sociedade pode ter uma alteração acentuada em torno das tecnológicas, mas em essência os valores da pessoa humana são idênticos desde Aristóteles, quais sejam esses valores imutáveis: dignidade, respeito, confiança, entre outros. Ou seja, o que é mutável

¹² CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.

¹³ UJI, Ivo. **Hermenêutica Constitucional e Neoconstitucionalismo**. Lex Magister. Revista online. ISSN 1981-1489. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_E_NEOCONSTITUCIONALISMO.aspx. Acessado em 02 de outubro de 2016.

é o contexto social e não os valores sociais. Essa afirmativa serve de vetor para se encontrar a real função das normas constitucionais.

Por isso, se destacará quais são os métodos clássicos de interpretação constitucional, a fim de se compreender como a hermenêutica jurídica trabalha no tratamento das normas constitucionais para a sociedade.

1.1 Métodos Clássicos de Interpretação

A Constituição tem caráter próprio em face dos demais dispositivos do ordenamento jurídico. É a legislação de maior importância hierárquica e sua natureza se difere, pois transita entre o ato jurídico e o ato político, sendo necessária interpretação de determinados fatos peculiares, conforme afirmado por Maximiliano¹⁴:

A técnica de interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigida de modo sintético, em termos gerais.

Mesmo sendo hierarquicamente superior sobre os demais atos, é também a manifestação da vontade do poder constituinte, propondo normas tanto à sociedade quanto ao Estado, com base no mundo jurídico e fático. Por isso, ela não é neutra quando o assunto são as consequências jurídicas, destacando assim a necessidade de uma interpretação adequada, mesmo que alguma consequência seja esperada.

Neste sentido, Maria Daniela Binato de Castro¹⁵ destaca a importância da interpretação constitucional:

A finalidade mais relevante da produção da norma jurídica, resultante da interpretação do texto legal, é a sua aplicação num caso concreto e isso ocorrerá mediante uma decisão judicial ou administrativa. Ressalte-se, outrossim, que não somente nas decisões judiciais é realizada a interpretação da norma, mas também nas decisões administrativas, sendo certo que estas podem ser objeto de

¹⁴ Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 9a ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 1.

¹⁵ CASTRO, Maria Daniela Binato de. **Hermenêutica Constitucional**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividade_ejuridica_189.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2016.

questionamento em sede judicial, ocorrendo, por conseguinte, uma nova interpretação da norma jurídica.

A importância de haver métodos próprios para a interpretação das normas constitucionais não se deve somente à superioridade hierárquica da Carta Magna, mas também devido à natureza das normas que consagraram os direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso¹⁶ assevera:

As Constituições não costumam trazer regras sobre a sua própria interpretação ou para a do direito dela derivado. No sistema brasileiro, são escassas as regras de interpretação positivadas em texto legal. As existentes concentram-se na Lei de Introdução ao Código Civil, que, ao lado de normas sobre vigência das leis, direito intertemporal e direito internacional privado, consagrou apenas duas proposições afetas ao tema: uma sobre integração ("Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito") e outra de cunho teleológico ("Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"). A doutrina converge no sentido de que as normas sobre interpretação, ainda quando constantes do Código Civil ou de um texto que se lhe anteponha, revestem-se de cunho materialmente constitucional.

Para tanto é, devido ao carácter indeterminado dos princípios e polissêmico das estruturas e a evidente falta de estrutura proposicional, é preciso de uma densificação do conteúdo normativo antes de ser aplicado.

Dentre os métodos de hermenêutica constitucional, destacam-se aqui os métodos clássicos de interpretação. Este método se baseia em estudos realizados pelo jurista alemão Savigny, em meados do século XIX. Houve uma sistematização dos métodos para que se pudesse delimitar o alcance e qual o sentido das normas constitucionais.

Neste sentido Paulo Bonavides afirma:

Os métodos clássicos de interpretação exerceram um influxo inovador mínimo com respeito ao alargamento material da Constituição, por se prenderem de preferência aos quadros fechados da norma jurídica, sem um salto mais ousado para o sistema, cujos fins, na época do liberalismo, se compadeciam valorativamente, ou seja, ideologicamente, com esse conhecimento restrito da norma, vista por seu exclusivo teor jurídico.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª edição, Saraiva, 2008.

Para Luís Roberto Barroso¹⁷, o método gramatical é a busca do sentido literal do texto da Constituição. É aplicado tanto na hermenêutica jurídica quanto na constitucional. No entanto, ele deve ser apenas o ponto de partida da interpretação da norma, já que a interpretação literal pode fazer com que a solução encontrada não seja justa. Já o método sistemático consiste em correlacionar todos os dispositivos da Constituição, analisando a questão a partir do todo, não somente em parte. Hans Kelsen via o sistema jurídico como uma pirâmide normativa, onde a Constituição está no topo, abaixo dela a legislação em si, e abaixo os atos administrativos e no final os contratos e decisões. Os componentes da pirâmide devem fazer parte da interpretação em conjunto com a Constituição.

Paulo Bonavides destaca que o método histórico exige o levantamento dos antecedentes, tanto remotos quanto imediatos que possam interferir no processo de interpretação. Desta forma, se a Constituição de 1988 fosse objeto de interpretação, seria realizado um levantamento histórico para compreensão da evolução dos institutos, analisando o que diz as constituições anteriores, fazendo com que assim se possa entender a Constituição vigente com base na evolução legislativa, enquanto o método sociológico visa traçar uma relação entre a Constituição vigente com a sociologia. Seu objetivo é a efetividade e a eficácia social com vistas a não deixar existir um abismo entre os fatos sociais e a norma analisada. Neste método, o conceito de Hans Kelsen é visto por outra ótica, pois há a inclusão das mudanças sociais para análise da norma, e por fim, o método teleológico ou finalista faz uma interpretação superando a realidade descrita na norma, pois se desenvolve sobre os princípios constitucionais, buscando uma extensão daquilo que está descrito, não analisando o sentido estrito da palavra.

A utilização desses métodos na interpretação da norma muito tem a agregar à sua aplicação, pois garante maior eficiência e eficácia. No entanto, alguns princípios na interpretação da Constituição devem ser respeitados, princípios esses que estão descritos a seguir.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª edição, Saraiva, 2008.

1.2 Princípios Especificamente Constitucionais

Aborda-se aqui os princípios a serem considerados na interpretação constitucional. Luís Roberto Barroso¹⁸ trata do assunto, afirmando:

A interpretação constitucional serve-se de alguns princípios próprios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes. Mas isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha. Nem poderia ser diferente, à vista do princípio da unidade da ordem jurídica e do conseqüente caráter único de sua interpretação. Ademais, existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição.

Interpretar a constituição não é uma tarefa igual à interpretação de outros textos legais. É preciso que se compreenda a compatibilidade de lei ordinária sobre o assunto com o texto da Constituição.

Para isso, os princípios são norteadores que balizam a atividade exegética, conforme estabelecido pela Constituição. Neste caso, o intérprete do texto Constitucional leve em consideração esses princípios, para que possa chegar ao caminho onde sempre rumou.

Inocência Coelho¹⁹ trata a questão dos princípios para interpretação dizendo:

Não por acaso já se proclamou que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões – à luz da sua pré-compreensão sobre o que é correto e o justo em cada situação concreta – e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente *intuitivas*, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios.

Analisando o supracitado, compreende-se que de maneira prática, o juiz não poderá escolher por essa ou aquela decisão, mas deverá vincular sua escolha a um ou mais dos princípios constitucionais.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª edição, Saraiva, 2008.

¹⁹ COELHO, Inocência. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. Saraiva, 2009.

Os princípios em questão são: da unidade, da concordância prática, do efeito integrador da força normativa da constituição e da máxima efetividade. Quanto ao princípio da unidade da constituição, este preleciona que as normas não podem ser vistas de maneira isolada, mas como um conjunto de princípios únicos, que não podem ser dissociados, mas tratados como um.

No que diz respeito ao princípio da concordância prática, encontram-se os dizeres de Magalhães Filho²⁰:

Quando houver colisão de direitos fundamentais num caso concreto, se fará a harmonização prática entre eles, através de uma ponderação axiológica, mediante a qual se fará uma hierarquização dos valores na situação fática, para encontrar-se a solução ótima.

O que se percebe nos dizeres do referido autor, é que mesmo que sejam princípios fundamentais, deverá haver uma ponderação e a solução para a questão é analisar por ordem hierárquica, e aquele princípio que for hierarquicamente superior, será o válido.

Ainda segundo Magalhães Filho, o princípio do efeito integrador defende que a Constituição reúne em si as aspirações de diferentes segmentos sociais, integradores da nação, e que ao desprezar um princípio, poderá ocorrer dano à democracia, sendo necessário destacar que a norma a ser utilizada será aquela que promover maior integração social. Já o princípio da forma normativa dispõe que frente a problemas jurídico-constitucionais, a interpretação deverá ser realizada com ajuste histórico das normas, ou seja, buscando maior eficácia a partir do conteúdo histórico legal. O princípio da máxima efetividade, exige que a norma jurídica seja interpretada com foco na otimização da eficácia do texto constitucional, sem perda em seu conteúdo.

Independente de qual seria o princípio a ser considerado, acredita-se válido ressaltar os dizeres de Luís Roberto Barroso²¹:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco. Curso de Hermenêutica Jurídica. 4ª edição, Atlas, 2011.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª edição, Saraiva, 2008.

jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Por fim, a aplicação dos princípios constitucionais, qualquer um deles, auxiliará ao hermenêuta a decidir com mais clareza, pautado em princípios norteadores, que poderão fazer com que a decisão seja a mais adequada possível.

1.3 Ponderação de Valores

O Direito, enquanto um sistema aberto de valores, precisa ser analisado de forma plena, não apenas uma parte da legislação. Neste caso, a hermenêutica Constitucional contribui para aproximar valores, a partir da análise dos dispositivos constitucionais de forma completa, aproximando ética e valores, em uma dimensão suprapositiva.

A Constituição Federal de 1988 é também conhecida como Constituição Cidadã, haja vista o destaque dado aos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida, elencados no art.5º.

Juntamente com a Constituição Federal de 1988 encontram-se em grau de importância os princípios constitucionais, que dão unidade e harmonia ao sistema, promovendo integração das partes e dirimindo tensões normativas.

Estes princípios alicerçam a garantia da dignidade da pessoa humana, cada um em sua área, já que são generalíssimos dentro do sistema, fundamentando, dando condições de interpretação da Constituição, integradores, diretivos e limitativos.

No entanto, pode acontecer, em alguma lide, choques de dois ou mais direitos fundamentais, ficando a cargo do magistrado a decisão com base na hermenêutica constitucional, por meio dos princípios, percebendo como se dará a aplicação da lei.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso²² afirma:

²² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª edição, Saraiva, 2008.

Tudo o que se viu até aqui em nome da unidade constitucional reforça o papel dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação das normas da Lei Maior. São eles que conferem unidade e coerência ao sistema e é a eles que se recorre na solução das tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistem hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a ideia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição.

Quando da colisão dos direitos fundamentais, deverá ser utilizada a ponderação de valores do caso concreto, através do peso valorativo entre os princípios que estão em colisão.

2. HABERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO DE CONCEITOS MÉDICOS

A proposta de Peter Harbelle para a Hermenêutica Constitucional é de uma sociedade pluralista, ou seja, aberta, no sentido de que, em um primeiro momento, é que a interpretação constitucional não deve ser única, ao contrário, por ser um complexo normativo é preciso a participação de grupos de interesse, cidadãos, dentre outros.

Inocência Martires Coelho²³ trata a questão da sociedade fechada e a interpretação constitucional:

A teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma virada hermenêutica radical para que a interpretação constitucional - que a todos interessa e a todos diz respeito - seja levada a cabo pela e para a sociedade aberta e não apenas pelos operadores oficiais.

Neste sentido, Harbelle²⁴ acredita que a norma jurídica só existe ao ser interpretada, tarefa que é de todos aqueles sobre os quais ela incide, que a sociedade vive a norma, e por isso, teria o direito de interpretar ou pelo menos co-interpretar.

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade

Como já descrito em oportunidade anterior, a interpretação constitucional tem duas funções primordiais, que são a tarefa e objetivo, e

²³ COELHO, Inocência Martires. **As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998.p.158

²⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p.13

também os métodos de interpretação. Registros históricos demonstram que o processo de interpretação, por vezes, se mostrou difuso e atrelado a uma sociedade fechada. Desta forma, percebe-se que quanto mais plural for a sociedade, mais aberta será a interpretação das normas constitucionais.

Essa sociedade aberta de intérpretes é formada por todos os cidadãos e pelos seus interesses diversos, muitas vezes com posicionamentos diversos, a exemplo dessa pesquisa, sobre questões que envolvem toda a sociedade, como é o caso de anomalias que podem acometer qualquer família ou grupo social.

2.1 Habermas e a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Quando se fala em colocar em prática a ideia plural de interpretação, pode-se remeter o conceito à interpretação republicana, que se baseia na ideia de que o tempo é gerador de experiência que explicará os fatores que formam o espaço público, a exemplo disso, os tipos de realidade e suas respectivas necessidades, e quais possibilidades surgem a partir disso.

Neste contexto, Inocêncio Martires Coelho²⁵ preleciona:

O que se faz necessário, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que densifiquem a intervenção de terceiros no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental. Afinal de contas, independentemente das suas peculiaridades, nunca é demais lembrar que, no âmbito da jurisdição constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se politicamente não alcançados pelos efeitos da coisa julgada e, por via de consequência, autorizados a ignorar a força normativa da Constituição.

Harbelle²⁶ destaca um leque de participantes nesse processo, que são os de função estatal, as partes da lide, a opinião pública, que conforme já citado é plural, que garante o acesso à interpretação Constitucional. Quanto aos objetores da Interpretação está o grande número de intérpretes, de acordo com sua forma, pois assim a norma se perde. É preciso que a unidade política

²⁵ COELHO, Inocêncio Martires. **As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998.p.158

²⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p.15

seja posta à prova, por meio da interpretação ativa, orientada pela teoria em conjunto com a práxis.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.

Desta forma se permite uma interpretação legítima, sem a existência uma liberdade não orientada nas regras básicas de interpretação da Constituição. Enquanto processo público, a utilização dessas regras possibilitará a união dos diferentes posicionamentos de interpretação, fazendo com que estes métodos sejam uno com o texto constitucional.

O intuito desse procedimento é que a práxis legitime a teoria, fazendo da Constituição um espelho, refletindo a publicidade e a realidade. A realidade, de cunho democrático, se desenvolve em meio às controversas opiniões, por meio do embate e do conflito, pautada nas liberdades, na democracia, no direito de pensar e agir do ser humano, que possibilita assim, a interpretação plural das normas constitucionais.

Também a 'legitimação pelo procedimento' no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante a participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de uma 'aprendizado' dos participantes, mas de um 'aprendizado' por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes.

Por isso, destaca-se que o juiz não pode interpretar as normas de forma isolada, pois acredita-se que exista uma interpretação anteriormente realizada pelas forças públicas, de caráter pluralista, fazendo assim, com que a interpretação da Constituição seja de acordo com a realidade pública e as alternativas que se apresentam no caso, oriundas da sociedade livre, principalmente no que tange às questões materiais.

Luís Roberto Barroso²⁷ destaca:

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas.

Harbelle ainda preleciona que para se assegurar um refinamento interpretativo se faz necessária uma excelente conformação legislativa, além de um aperfeiçoamento dos instrumentos de informação aos juízes constitucionais, visando uma legitimação da jurisdição constitucional dentro do estado democrático de direito, para que haja uma compreensão e entendimento por parte dos intérpretes da constituição e da sociedade em si.

A compreensão desses preceitos de interpretação constitucional podem auxiliar o entendimento da aplicabilidade da lei, citando-se como exemplo, a proibição do aborto a partir da análise dos conceitos médicos que se seguem.

2.2 Conceitos Médicos

Apresentam-se alguns conceitos médicos considerados nas discussões de legisladores quando o assunto é interrupção de gestação ou antecipação de parto. Compreender esses conceitos, que são diretamente ligados à Bioética e ao Biodireito, pode auxiliar na análise do por que a aplicação da lei é realizada da forma como se dá na atualidade, sempre visando a garantia de direitos fundamentais já descritos pela lei, mas não deixando de lado as novas possibilidades para as demandas sociais.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf> Acessado em 25 de outubro de 2016.

2.2.1 Anencefalia

É preciso compreender exatamente o que o vocábulo “anencefalia” quer dizer, para que não se faça confusão com outros termos médicos atrelados ao biodireito e à bioética.

William Arthur Pussi²⁸ descreve a Anencefalia com sendo:

Um de um defeito congênito (do latim ‘congenitus’, ‘gerado com’). Começa a se desenvolver bem no início da vida intra-uterina. A palavra anencefalia significa ausência, ‘sem encéfalo’, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana. Literalmente, portanto, anencefalia significa ausência do encéfalo. Entretanto, essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. Controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar de olhos).

O anencéfalo, portanto, não possui cérebro nem demais órgãos que contribuem para a função do sistema nervoso central. Desta forma, sobrevive dentro do útero da mãe por estar ligado à placenta e seus demais órgãos ainda não precisarem de comandos do cérebro para funcionar.

Desta forma, a anencefalia é encarada como o nascimento de um feto que não terá vida, conforme são os dizeres do Ministro Relator Marco Aurélio²⁹:

Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados mercedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência.

²⁸ PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. Juruá: Curitiba, 2008, p. 263.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liminar pela Constitucionalidade do aborto de feto anencéfalo**. ADFP n . 54, Distrito Federal, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo354.htm#Anencefalia%20e%20Aborto%20\(ADPF%2054%20MC/DF*\)](http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo354.htm#Anencefalia%20e%20Aborto%20(ADPF%2054%20MC/DF*)) >. Acessado em 23 de outubro de 2016.

Portanto, em casos de anencefalia, a chance de sobrevivência do feto após o parto é quase nula, já que o sistema que faria o comando das funções básicas do organismo não existe.

2.2.2 Microcefalia

A microcefalia é um problema de má formação do feto no início da gestação, onde o crescimento do cérebro não é o normal para o período gestacional.

Com relação aos comprometimentos para a vida do indivíduo que é portador de microcefalia, encontram-se do dizeres de Decio Brunoni et al³⁰:

As alterações mais comumente associadas à microcefalia estão relacionadas ao déficit intelectual e a outras condições que incluem epilepsia, paralisia cerebral, atraso no desenvolvimento de linguagem e/ou motor, estrabismo, desordens oftalmológicas, cardíacas, renais, do trato urinário, entre outras. O estabelecimento do diagnóstico diferencial com causas genéticas e outros teratógenos ambientais, como as infecções pré-natais, o álcool, a exposição pré-natal ao RX e alguns medicamentos, deve ser feito, já que em todas estas condições a microcefalia pode ser observada. Achados oftalmológicos também foram relatados. Um estudo brasileiro descreveu o caso de três mães que não apresentavam lesão ocular, entretanto foram observadas nas três crianças, lesões unilaterais em região macular. Posteriormente, o mesmo grupo descreveu o mesmo achado em um grupo de 10 crianças com microcefalia associada ao ZIKV, o que fortalece a necessidade de acompanhamento visual para este grupo.

O que se percebe nos dizeres supracitados, é que a Microcefalia é um problema de má formação, onde o cérebro não cresce o necessário, deixando o tamanho da cabeça menor do que o apropriado para o tamanho do corpo, e que acarreta problemas para o indivíduo para toda a vida, que variam de acordo com o comprometimento da função cerebral.

Normalmente a microcefalia se dá por problemas durante a gestação, em decorrência de fatores diversos, mas nos últimos anos seu aparecimento

³⁰ BRUNONI, Decio. BLASCOVI-ASSIS, Silvana Maria. OSÓRIO, Ana Alexandra Caldas. SEABRA, Alessandra Gotuzo. AMATO, Cibelle Albuquerque de la Higuera. TEIXEIRA, Maria Cristina Triguero Veloz. ROCHA, Marina Monzani da. CARREIRO, Luiz Renato Rodrigues. (2016). **Microcefalia e outras manifestações relacionadas ao vírus Zika: impacto nas crianças, nas famílias e nas equipes de saúde.** Ciência & Saúde Coletiva, 21(10), 3297-3302. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001003297&lng=pt&nrm=iso. Acessado em 23 de outubro de 2016.

na mídia se deu devido a um surto em decorrência do Zika vírus, principalmente em estados do nordeste do Brasil.

Wayner Vieira de Souza et al³¹ traz dados sobre a ocorrência e sua qualificação:

A possível associação do aumento de casos de microcefalia com surtos de infecção pelo vírus Zika, ocorridos no Brasil a partir do final de 2014, principalmente no Nordeste, passou a ser objeto de investigações. Outros estados do Nordeste relataram aumento de casos de microcefalia, o que levou o Ministério da Saúde a decretar estado de emergência de saúde pública nacional em 11 de novembro de 2015. Para fins de notificação, inicialmente, definiu-se, como caso suspeito de microcefalia, os nascidos vivos com 37 semanas ou mais de idade gestacional (IG) e perímetro cefálico (PC) \leq 33cm. No entanto, esse ponto de corte de alta sensibilidade, sem respaldo integral na literatura científica existente, gerou um número excessivo de notificações. Assim, a partir de dezembro de 2015, o Ministério da Saúde estabeleceu o PC \leq 32cm para a definição de caso suspeito de microcefalia.

Portanto, a microcefalia tem sido motivo de discussão não somente no meio médico e social, mas também no meio jurídico, pois devido ao nível de complicações de alguns recém-nascidos, já se discute a questão da possibilidade do aborto em casos de fetos com microcefalia grave. A discussão não foi levada a termo ainda, pois a ciência tem dificuldades em identificar o nível da microcefalia e do conseqüente comprometimento da capacidade do indivíduo quando ainda está no período de gestação, podendo o diagnóstico ser feito de maneira mais completa após o nascimento.

2.2.3 Hidrocefalia

A hidrocefalia é uma mutação que ocorre na gestação, proveniente de diversos fatores, e que faz com que, devido ao acúmulo de líquido na cabeça, esta aumente de volume.

³¹ SOUZA, Wayner Vieira de. ARAÚJO, Thalia Velho Barreto de. ALBUQUERQUE, Maria de Fátima P. Militão. BRAGA, Maria Cynthia. XIMENES, Ricardo Arraes de Alencar. MIRANDA-FILHO, Demócrito de Barros. BEZERRA, Luciana Caroline Albuquerque. DIMECH, George Santiago. CARVALHO, Patrícia Ismael de. ASSUNÇÃO, Romildo Siqueira de. SANTOS, Roselene Hans. OLIVEIRA, Wanderson Kleber de. RODRIGUES, Laura Cunha. MARTELLI, Celina Maria Turchi. (2016). **Microcefalia no Estado de Pernambuco, Brasil: características epidemiológicas e avaliação da acurácia diagnóstica dos pontos de corte adotados para notificação de caso**. Cadernos de Saúde Pública, 32(4), e00017216. Epub 29 de abril de 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000400801&lng=pt&nrm=iso. Acessado em 23 de outubro de 2016.

Nayane Thaisse Araújo Muniz et al³² conceituam a hidrocefalia, dizendo:

A Hidrocefalia é a malformação mais comum⁶, ocorrendo em 0,3 a 1,0:2.000 partos e pode ser definida por um distúrbio na circulação líquórica, que gera aumento de volume e pressão intraventricular do líquido cefalorraquidiano (LCR), levando à dilatação dos ventrículos e compressão do tecido nervoso. Sua etiologia pode estar relacionada a fatores genéticos tais como: obstrução do aqueduto de Sylvius, síndrome de Dandy-Walker, malformação de Arnold Chiari, agenesia cerebelar e espinha bífida; como também a fatores infecciosos: toxoplasmose, citomegalovirose e sífilis, ou ainda, a hemorragia intracraniana, herança multifatorial ou anomalia congênita.

Os indivíduos portadores de hidrocefalia podem apresentar comprometimento leve à severo da capacidade de raciocínio, bem como retardo mental, problemas motores, cardíacos, dentre outros. O diagnóstico pode ser realizado ainda na gestação, através de exames de imagem.

Ana Paula Brito Hortêncio³³ et al declaram que:

As três principais formas são a estenose de aqueduto (43%), a hidrocefalia comunicante (38%) e a síndrome de Dandy-Walker. Em 37% dos casos está associada a outras malformações intracranianas, especialmente a hipoplasia do corpo caloso, encefalocelos e cistos aracnóides. As alterações extracranianas estão presentes em 63% dos conceitos e incluem meningomielocelos, anomalias renais (rins displásicos, agenesia renal), cardíacas (defeitos septais, tetralogia de Fallot), gastrointestinais (agenesia de cólon e anal, obstrução intestinal), lábio leporino, fenda palatina, síndrome de Meckel-Gruber e artrogripose. O diagnóstico pré-natal, por meio da ultrassonografia, é muito variável. Em alguns casos virtualmente não se identifica tecido cerebral, em outros existe dilatação mínima dos ventrículos cerebrais. Utiliza-se, para fins diagnósticos, a relação entre os ventrículos laterais e o hemisfério cerebral correspondente (alterada se superior a 0,45 até a 20ª semana e 0,35 após), a medida do átrio dos ventrículos laterais (anormal se maior que 10 mm em qualquer idade gestacional) e a presença de dilatação do 3º e 4º ventrículo.

³² MUNIZ, Nayana Thaysse Araújo; PAIVA, Maria Luiza de Faria; ARAUJO, Lúcia Inês de. **Atuação fonoaudiológica na hidrocefalia congênita com derivação ventrículo peritoneal: relato de caso.** Rev. CEFAC, São Paulo, v. 17, n. 4, p. 1351-1354, ago. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-18462015000401351&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em 30 de outubro de 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-0216201517411014>.

³³ HORTENCIO, Ana Paula Brito. LANDIM, Emanuel Rocha. NOGUEIRA, Marcelo Bezerra. FEITOSA, Francisco Edson de Lucena. **Alencar Júnior**, Carlos Augusto. **Avaliação ultrassonográfica da hidrocefalia fetal: associação com mortalidade perinatal.** Rev. Bras. Ginecol. Obstet., Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 383-390, jul. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032001000600007&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em 30 de outubro de 2016.

A exemplo da microcefalia, em casos de hidrocefalia não é possível mensurar durante a gestação, o nível de comprometimento que o indivíduo terá em sua vida. Pelos exames de imagem pode-se identificar que o feto é portador da mutação e qual sua possível origem, mas não demonstrará como se dará sua vida extra uterina.

Por essa incerteza, questões de aborto relacionadas a fetos hidrocéfalos não são bem vistas, pois não há como mensurar como será o comportamento do indivíduo e seu desenvolvimento, sendo de maior importância, a vida.

3. ANÁLISE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 se refere à garantia de aborto legal dado às gestantes que tiverem esperando o nascimento de uma criança portadora de anencefalia.

O ministro relator do caso foi Marco Aurélio de Melo, proposta que foi apresentada em 2004 e somente foi a julgamento em 2012. O julgamento foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal nos dias 11 e 12 de abril de 2012 e a aprovação se deu com 8 votos a favor e 2 votos contra.

O aborto é considerado crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, e consideravam-se como exceções o aborto que coloca em risco a vida da gestante ou que a gravidez foi fruto de estupro. Com a ADPF 54 aprovada pelo STF, admite-se agora, interrupção de gestação nos casos de fetos anencéfalos.

Luís Roberto Barroso³⁴ citou essa questão, dizendo:

No Brasil, como em outras partes do mundo, é recorrente o debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com a torrente de opiniões polarizadas que costuma acompanhá-lo. O Código Penal de 1940, como se sabe, tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Esta visão, nos dias atuais, está longe de ser pacífica. A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida tem alçado este tema à deliberação de parlamentos e cortes constitucionais de diversos países, como Estados Unidos , Canadá , Portugal , Espanha , França e Alemanha , dentre outros. Na presente ação, todavia, passa-se ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais. A argumentação desenvolvida, portanto, não questiona o tratamento dado ao aborto pelo direito positivo brasileiro em vigor, posição que não deve ser compreendida como concordância ou tomada de posição na matéria.

Desta forma, a decisão não descriminaliza o aborto, e também não abre exceções ao crime diante do Código Penal Brasileiro, mas relata que a interrupção da gestação no caso de anencefalia não é aborto.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. ADPF. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Acao%20de%20Descumprimento%20de%20Preceito%20Fundamenta%20-%20Interrupcao.pdf>. Acessado em 14 de novembro de 2016. p.03.

Anteriormente à referida decisão, não se possuía suporte legal para embasamento de tais casos, ficando a cargo do juiz decidir se autorizaria a interrupção da gravidez ou não. Via de regra havia aceitação por parte da justiça, mas aquelas gestantes que não conseguiam autorização judicial eram obrigadas a levar a gestação a termo sabendo que daria a luz a um natimorto.

3.1 Voto do Ministro Relator

O ministro relator Marco Aurélio de Melo iniciou seus dizeres fazendo algumas considerações sobre a questão do aborto e da antecipação do parto, que era o pedido realizado:

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”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.

O voto do ministro relator Marco Aurélio de Melo pode ser dividido em duas partes principais: na primeira parte sua argumentação se dá no sentido do que o fato em questão é atípico, já que o anencéfalo é considerado um

natimorto cerebral, e desta forma, não se discute a questão de existência de vida, nem biológica nem jurídica³⁵.

Posteriormente o ministro explica que o feto é merecedor de tutela jurídica menos intensa do que uma pessoa que já nasceu, pois o seu desenvolvimento é inferior, e desta forma, o direito à vida não seria absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso se faz necessária a ponderação dos direitos da mulher, que são a dignidade humana, liberdade, autonomia de escolha, privacidade e seus direitos sexuais, ficando os direitos da mulher sobrepostos ao do feto anencéfalo³⁶.

O que estava em discussão não era o direito à vida do feto, mas a questão da dignidade da pessoa humana da mulher e sua saúde física e psíquica, já que ao levar a gestação a termo, sabendo da condição em que nasceria seu filho, como praticamente um natimorto, isso poderia interferir diretamente na saúde da mulher.

O ministro relator Marco Aurélio de Melo continua dizendo que:

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.

Não se fala neste caso em aborto, mas em antecipação de parto. Por isso a ADPF 54 tratou do direito da mulher em antecipar o parto, não em descriminalização do aborto, ou abertura de exceção neste caso específico.

Em seu voto, o ministro relator ainda afirmou a necessidade de interpretação evolutiva do Código Penal, pois acredita que o legislador só viu atipicidade na interrupção da gestão de feto anencéfalo, pois à época não havia tecnologia que pudesse identificar.

³⁵ BRASIL. ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acessa do em 13 de novembro de 2016. p. 65

³⁶ Idem p. 65

3.2 Votos Vencidos

Na votação, conforme citado anteriormente, foram apenas dois votos contra a aprovação da liberação da antecipação do parto em caso de fetos anencéfalos. Os ministros que votaram contra a procedência da ADPF 54 foram os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Cabe relatar aqui sucintamente os pareceres de ambos.

O Ministro Ricardo Lewandowski³⁷ procurou rebater os argumentos do ministro relator quanto à impossibilidade de se identificar anomalias nos fetos pelo legislador quando da instituição do código penal, dizendo:

O legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Não se pode dizer que à época da promulgação do Código Penal (1940) ou de sua reforma (1984), não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal, pois exames capazes de detectá-la já se encontram de longa data à disposição da Medicina. Caso o Congresso Nacional desejasse, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. A técnica da interpretação conforme não pode afrontar expressão literal da lei ou contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele. Foi ao Poder Legislativo, que representa o povo, e não ao Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais.

Pelo apresentado pelo ministro Lewandowski, seu posicionamento é de defesa de que o não serve como justificativa a inexistência de métodos de identificar a anencefalia quando da promulgação do Código Penal em 1941. Pelo entendimento do ministro, se o legislador assim o quisesse ter realizado a não criminalização do aborto nestes casos, o teria feito a termo.

Outro ponto apontado pelo ministro Lewandowski é de que o STF só tem papel de legislador em casos de intervenção mínima, o que não é identificado neste caso:

O STF só pode exercer o papel de legislador negativo, tendo em conta o princípio da intervenção mínima. Qualquer excesso neste exercício resultará em usurpação dos poderes do Congresso Uma

³⁷ BRASIL. ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acessa do em 13 de novembro de 2016. p. 241

decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina e a anencefalia não é a única doença congênita letal nos dias de hoje (existem diversas outras, as quais foram explicitadas na audiência pública, inclusive)

O temor maior do ministro Lewandowski é que o deferimento para este tipo de antecipação de parto é que abrisse precedente a outros casos de outras anomalias, que não tão severas, e que assim, se acabasse pela descriminalização do aborto ³⁸.

O segundo ministro que votou contra foi Cezar Peluso. Em seu voto pela improcedência da ADPF o argumento usado foi da existência de vida do feto anencéfalo, que o pedido não era de antecipação de parto, mas de extinção da vida, que acaba configurando em aborto, e que pela existência de vida no anencéfalo, ele possui proteção constitucional.

O ministro Peluzo destacou:

Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica. Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. (...) O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana. Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica.

O ministro Cezar Peluzo ainda refutou os argumentos do ministro relator Marco Aurélio de Melo sobre o sofrimento psíquico da mulher em levar a termo uma gestação de uma criança que morrerá logo após o parto dizendo que esse sofrimento não degrada a dignidade da pessoa humana, e que por si, faz parte da natureza humana. Por fim, ainda afirmou que não existem meios científicos que deem precisão suficiente para saber se é anencefalia fetal ou algum outro tipo de anomalia.

³⁸ Idem, p.251

3.3 Interpretação Constitucional Sobre a Possibilidade do Aborto de Feto Microcefálico

A Constituição Federal de 1988 traz em seu escopo as questões relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, destacando-se aqui o direito à vida, que é inviolável e mais discutido de todos os direitos fundamentais:

Art. 5.º 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 Observando pela disposição do mencionado dispositivo legal, percebe-se que o direito à vida em conjunto com a liberdade seria uma clausula pétrea no rol elencado de direitos humanos previstos em nossa carta magna, no qual, não podem nem mesmo ser objeto de discussão a matéria que pretende revogar os direitos e garantias individuais.

Desta forma, nota-se que as garantias fundamentais dividem-se em duas vertentes distintas: uma objetiva, que é a forma de proteção dada a um Estado de Direito para com a sociedade, impondo limites à ação do Estado; e uma segunda, que é subjetiva, garantidora das liberdades individuais e da autonomia social diante do Estado.

Analisando o direito à vida, cita-se o art. 2º do Código Civil de 2002, onde se encontra: “artigo 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Desta forma, apesar da personalidade civil só se iniciar com o nascimento com vida, o nascituro possui direitos garantidos por lei. Mas levanta-se o seguinte questionamento: os direitos do nascituro são maiores do que o direito da gestante em abreviar o sofrimento dela e da criança nascida com microcefalia em nível mais grave?

A mulher possui direito à intimidade e liberdade sexual, também garantidos pelo art.5º da Constituição Federal de 1988, e pode neste caso, entrar em colisão com o direito à vida. Entende-se que seja de caráter subjetivo a intimidade e o a liberdade sexual da mulher, mas não se pode deixar de considerar a importância destes para a mulher, sua dignidade e para a sociedade.

No entanto, quando se fala em interrupção da gestação de fetos microcéfalos, especificamente em casos mais graves, em que os danos são mais limitadores, aborda-se não somente a que tipo de vida essa criança terá, pois acredita-se que o direito à vida é de forma plena, não uma sobrevivência ligada a aparelhos e presa a uma cama, mas trata-se também da interpretação que se pode dar ao caso, em analogia ao oferecido aos casos de anencefalia.

Mesmo que o diagnóstico de microcefalia seja diferente em determinados pontos, a má formação congênita, dependendo do grau, pode acarretar a ausência de cérebro ou de partes importantes do sistema nervoso, comprometendo a qualidade da vida extra uterina.

Desta forma, a aplicação de métodos de interpretação que possam analisar a questão como um todo, e não somente um dispositivo legal isolado, e fazendo-o, em consonância com a realidade social, pode ser o meio de resolver o assunto.

O STF, como responsável pelo cuidado com as normas no país, e atento ao clamor social, pode decidir positivamente neste caso, oferecendo às gestantes condições de decidir sobre a sua vida, sua família e o tratamento que devem receber nestes casos.

Por isso, o questionamento que foi levantado nesta pesquisa foi se aplicando os critérios de hermenêutica constitucional seria possível estabelecer uma interpretação extensiva à ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54 para inserir o feto microcefálico na autorização do aborto?

Utiliza-se como argumento dessa discussão os dizeres do Ministro Cezar Peluzo, em seu voto contra a antecipação do parto em casos de anencéfalos, na ADPF 54³⁹:

Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica. Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. (...) O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte

³⁹ BRASIL. ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf54.pdf>. Acessa do em 13 de novembro de 2016. p. 241

dado o curto espaço de tempo da existência humana Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica.

Nos casos de microcefalia, os fetos possuem uma má formação oriunda do acometimento da mãe pelo Zika Vírus, e essa anomalia causará comprometimento diverso (físico, social, intelectual, cognitivo, biológico) por toda a sua vida e a extensão das limitações varia de caso a caso, dependendo do comprometimento do desenvolvimento cerebral.

Portanto, não se considera que caiba decisão em contrário, pois existe o direito á vida, que é irrevogável, e que diante de meios eficientes para se comprovar a extensão das limitações da criança ao nascer, não cabe antecipação de parto, mas sim o respeito à vida da gestante e do feto, que independente do acometimento por uma anomalia, tem o direito de viver, pois o mal que lhe aflige não é semelhante ao da anencefalia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica se dedica á interpretação das normas de maneira mais ampla e concreta, vislumbrando não a norma em si, mas o ordenamento onde está inserida e os efeitos que causará nas demandas sociais, buscando a decisão mais próxima da realidade.

Uma sociedade não tem apenas um intérprete da lei, mas é formada por diversos intérpretes, que segundo Harbelle, é uma sociedade aberta dos intérpretes da lei, pois cada cidadão, cada grupo social entende a aplicação da norma de acordo com o interesse próprio.

A Hermenêutica e essa liberdade de interpretação se aliam em questões que afligem a população, como é o caso de anencefalia, microcefalia e outras anomalias que acometem os fetos durante a gestação.

No caso específico da anencefalia, a ADPF 54 julgou procedente a antecipação de parto de fetos anencéfalos pautados na inexistência de vida desses indivíduos após o parto. Com base nessa decisão, já se cogita a propositura de ação para concessão do mesmo benefício às gestantes que estiverem esperando crianças acometidas por microcefalia grave.

Neste caso específico a analogia como regra de interpretação não se aplica devido às diferenças entre anencefalia e microcefalia, não podendo ser considerado assim casos análogos, e, portanto, receberem o mesmo tratamento jurídico. A aplicação de analogia então é impróprio.

O que se entende é que não há meios científicos e médicos de comprovação que os fetos microcélalos, após o nascimento, virão a óbito, não sendo assim, situação análoga à anencefalia. Por isso, a questão ainda é imatura para que de possa propor tal benefício, pois existe dúvidas com relação às condições de vida ou morte das crianças que possuem tal anomalia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCANTARA, Jesseir Coelho. 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_rs. Acesso em 04 de junho de 2016.

AMARAL, Carlos Eduardo dias do. **Legislação brasileira não permite aborto de microcéfalo.** Disponível em <http://eduardoamaral74.jusbrasil.com.br/artigos/303941162/legislacao-brasileira-nao-permite-aborto-de-microcefalo>. Acesso em 04 de junho de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7ª edição, Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Liminar pela Constitucionalidade do aborto de feto anencéfalo.** ADPF n . 54, Distrito Federal, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo354.htm#Anencefalia%20e%20Aborto%20\(ADPF%2054%20MC/DF*\)](http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo354.htm#Anencefalia%20e%20Aborto%20(ADPF%2054%20MC/DF*)). Acessado em 23 de outubro de 2016.

BRASIL, **Código Penal.** Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 04 de junho de 2016.

BRUNONI, Decio. BLASCOVI-ASSIS, Silvana Maria. OSÓRIO, Ana Alexandra Caldas. SEABRA, Alessandra Gotuzo. AMATO, Cibelle Albuquerque de la Higuera. TEIXEIRA, Maria Cristina Triguero Veloz. ROCHA, Marina Monzani da. CARREIRO, Luiz Renato Rodrigues. (2016). **Microcefalia e outras manifestações relacionadas ao vírus Zika: impacto nas crianças, nas famílias e nas equipes de saúde.** Ciência & Saúde Coletiva, 21(10), 3297-3302. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001003297&lng=pt&nrm=iso. Acessado em 23 de outubro de 2016.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.

CASTRO, Maria Daniela Binato de. **Hermenêutica Constitucional**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_189.pdf. Acessado em 05 de outubro de 2016.

COELHO, Inocêncio. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. Saraiva, 2009.

COSTELLO, Antonio, Zika: OMS já contabiliza mais de mil casos de microcefalia no Brasil. Disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/internacional/08-04-2016/zika-oms-ja-contabiliza-mais-de-mil-casos-de-microcefalia-no-brasil>. Acesso em 04 de junho de 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HORTENCIO, Ana Paula Brito. LANDIM, Emanuel Rocha. NOGUEIRA, Marcelo Bezerra. FEITOSA, Francisco Edson de Lucena. **Alencar Júnior, Carlos Augusto.. Avaliação ultrassonográfica da hidrocefalia fetal: associação com mortalidade perinatal**. Rev. Bras. Ginecol. Obstet., Rio de Janeiro , v. 23, n. 6, p. 383-390, jul. 2001 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032001000600007&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em 30 de outubro de 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. Curso de Hermenêutica Jurídica. 4ª edição, Atlas, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 9a ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.

MUNIZ, Nayana Thaysse Araújo; PAIVA, Maria Luiza de Faria; ARAUJO, Lúcia Inês de. **Atuação fonoaudiológica na hidrocefalia congênita com derivação ventrículo peritoneal: relato de caso**. Rev. CEFAC, São Paulo , v. 17, n. 4, p. 1351-1354, ago. 2015 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-18462015000401351&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em 30 de outubro de 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-0216201517411014>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUSSE, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. Juruá: Curitiba, 2008.

ROBERTO, Gilson Luiz. **Microcefalia não é pena de morte**. Disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniao/microcefalia-nao-pena-de-morte-18705211>. Acesso em 04 de junho de 2016.

SOUZA, Wayner Vieira de. ARAÚJO, Thalia Velho Barreto de. ALBUQUERQUE, Maria de Fátima P. Militão. BRAGA, Maria Cynthia. XIMENES, Ricardo Arraes de Alencar. MIRANDA-FILHO, Demócrito de Barros. BEZERRA, Luciana Caroline Albuquerque. DIMECH, George Santiago. CARVALHO, Patrícia Ismael de. ASSUNÇÃO, Romildo Siqueira de. SANTOS, Roselene Hans. OLIVEIRA, Wanderson Kleber de. RODRIGUES, Laura Cunha. MARTELLI, Celina Maria Turchi. (2016). **Microcefalia no Estado de Pernambuco, Brasil: características epidemiológicas e avaliação da acurácia diagnóstica dos pontos de corte adotados para notificação de caso**. Cadernos de Saúde Pública, 32(4), e00017216. Epub 29 de abril de

2016. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000400801&lng=pt&nrm=iso. Acessado em 23 de outubro de 2016.

UJI, Ivo. **Hermenêutica Constitucional e Neoconstitucionalismo**. Lex Magister. Revista online. ISSN 1981-1489. Disponível em:
http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_E_NEOCONSTITUCIONALISMO.aspx. Acessado em 02 de outubro de 2016.